

David Pereira Cardoso

A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA FACE AOS  
CONCEITOS INDETERMINADOS

Curitiba

2007

David Pereira Cardoso

A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA FACE AOS  
CONCEITOS INDETERMINADOS

Monografia apresentada ao Curso de  
Direito da Universidade Federal do  
Paraná, como requisito parcial para a  
obtenção do grau de bacharel.  
Orientador: Pedro Henrique Xavier

Curitiba

2007

## SUMÁRIO

<b>Introdução.....</b>	<b>1</b>
<b>1. O Estado e a Função Administrativa.....</b>	<b>3</b>
1.a. A divisão dos “Poderes” .....	3
1.b. Atividade Administrativa .....	6
1.c. Atos Administrativos.....	7
<b>2. A submissão do Estado à Lei .....</b>	<b>14</b>
2.a. O princípio da legalidade .....	14
2.b. O princípio da legalidade no Direito Administrativo .....	16
2.c. O princípio da legalidade e o controle jurisdicional.....	18
2.d. A margem de liberdade da administração.....	20
<b>3. A Discricionariedade .....</b>	<b>21</b>
3.a. Noções preliminares.....	22
3.b. Estrutura da discricionariedade .....	24
3.c. Atos discricionários e atos vinculados.....	28
3.d. Noção de mérito .....	30
3.e. A discricionariedade é desejável? .....	31
3.f. A discricionariedade e os elementos do ato administrativo.....	35
<b>4. Discricionariedade e conceitos indeterminados .....</b>	<b>38</b>
4.1. Linguagem, interpretação e Direito .....	38
4.b. Discricionariedade e interpretação .....	39
4.c. Os conceitos indeterminados .....	42
4.d. A existência de discricionariedade administrativa face aos conceitos indeterminados .....	44
4.e. Crítica à doutrina que sustenta a inexistência de discricionariedade face aos conceitos indeterminados .....	46
4.f. Da natureza dos conceitos indeterminados .....	50
<b>Conclusão .....</b>	<b>53</b>

## Introdução

André Gonçalves Pereira, em obra na qual trata do *erro no acto administrativo*, cita a seguinte reflexão atribuída a Rivero:

... a bibliografia do Direito Administrativo oferece desproporções flagrantes segundo os problemas abordados – uns são terras abandonadas que vêm passar de vez em quando algum explorador isolado; outros pela densidade e continuidade dos trabalhos que inspiram evocam as grandes estradas ao longo das quais raramente se interrompe o fluxo das viaturas<sup>1</sup>.

O publicista português traz essa referência para aludir o objeto dos seus estudos, o erro no ato administrativo, às terras abandonadas pela doutrina, nas quais o autor se julga algum desbravador solitário. Nós, porém, evocamos essa referência com o propósito inverso. A questão relativa à discricionariedade administrativa é certamente um desses temas de grande tráfego nas vias do Direito Administrativo, às quais se refere Rivero.

De fato, muito se tem discutido entre os doutrinadores; não, porém, sem razão. Para o professor Marçal Justen Filho, a questão da discricionariedade é um dos temas centrais do Direito Administrativo, tendo em vista a evolução das concepções democráticas de Estado<sup>2</sup>. Segundo Justen Filho, a própria afirmação do Estado Democrático de Direito e a criação do Direito Administrativo redundaram na adoção de mecanismos de adequação da autonomia de escolha do gestor público. Partindo do pressuposto de que uma margem de autonomia de escolha é inafastável da atividade pública, a teoria da discricionariedade presta-se a formalizar e adequar essa existência de fato frente aos princípios da legalidade e do interesse público.

A frequência das discussões referentes à discricionariedade também se justifica face à dificuldade de compreensão de seu objeto, o qual, não sem

---

<sup>1</sup> PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*, p. 213.

<sup>2</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 153.

motivo, é apontado como o campo mais abstruso do Direito Administrativo. Conhecedor do tema, Rodrigues Queiró chega a apelidar a discricionariedade administrativa de *quaestio diabolica*<sup>3</sup> da doutrina devido à controvérsia dos autores em relação à matéria e a multiplicidade de soluções que têm sido apresentadas.

Com efeito, são inúmeras as questões suscitadas. O estudante, logo após ter o primeiro contado com o tema, questiona-se: Como pode no Estado de Direito, o qual é plenamente submetido à lei, haver margem para a atuação livre de um agente público? Se há discricionariedade, ela seria desejável? A discricionariedade estaria presente somente na atividade administrativa, ou permearia todo o Direito? E se há discricionariedade em todo o Direito, qual é a margem que cabe à administração pública?

Por fim, há também entre os doutrinadores quem admita que a discricionariedade ocupe lugar de destaque nas publicações acadêmicas simplesmente por paixão ao tema, como o professor Censo Antônio Bandeira de Mello, para citar um entre muitos, que declara abertamente em seus textos que a discricionariedade administrativa é o assunto de sua predileção e paixão<sup>4</sup>.

Dessarte, seja pela centralidade das discussões, pela dificuldade de compreensão ou por mera passionalidade, decidiu-se como proposta deste trabalho a reflexão sobre a discricionariedade administrativa face aos chamados *conceitos indeterminados*. Embora o rótulo de *conceitos indeterminados* – o qual designa aqueles conceitos de valores utilizados pelo legislador com a finalidade de atribuir mais abrangência e flexibilidade ao aplicador da lei – seja passível de críticas, acredita-se que, ainda assim, deve ser adotado devido à consagração do uso pela doutrina.

Todavia, para que se disserte a respeito dos conceitos indeterminados, sua natureza, seus usos, seus limites e, enfim, a crítica cabível, é antes imprescindível a análise do instituto da discricionariedade em geral, o qual, deveras, permeia toda a dinâmica jurídica e não existe somente em face da aplicação

---

<sup>3</sup> QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo*. Revista de Direito Administrativo, vol. VI, p. 44.

<sup>4</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. “Poder” discricionário. Revista de Direito Público, 76/107.

administrativa da lei. Nesse caminho, tomamos como nossa a sugestão de André Gonçalves Pereira para quem a controvérsia doutrinal acerca do poder discricionário se tem centrado à volta de três sub-temas cardeais: A justificação da existência do poder discricionário, a sua natureza e a sua extensão<sup>5</sup>, os quais serão perpassados com prioridade no decorrer deste trabalho.

## **Capítulo 1 - O Estado e a Função Administrativa**

### **a) A divisão dos “Poderes”**

Embora o tema seja tormentoso, a discussão a respeito da divisão clássica dos “poderes”, a qual fundamenta de certa forma o conceito de função administrativa, é imprescindível ao objeto desta dissertação. Com efeito, é sobre a função administrativa que se assenta o regime jurídico de Direito Administrativo, com suas respectivas prerrogativas e sujeições, de modo que, para os fins deste trabalho, é indispensável que se apresente uma noção, mesmo que breve, do que consista a função administrativa, o que se fará, porém, sem a menor pretensão de conceituá-la de forma cabal e definitiva.

Com a doutrina constitucional moderna, costumou-se falar em três “poderes” do Estado: o executivo, o legislativo e o judiciário. A palavra “poder”, contudo, encerra diversos significados, sendo que neste particular o termo deve ser compreendido mais propriamente como uma *função*. Com efeito, a voz função quer designar, na lição de Bandeira de Mello, “um tipo de situação jurídica em que existe, previamente assinalada por um comando normativo, uma finalidade a cumprir, e que, alguém está obrigado ao cumprimento desta finalidade<sup>6</sup>”. Falar em “separação de poderes” importa, então, falar numa distribuição de funções estatais, isto é, numa distribuição de competências e atribuições, as quais são regidas pelo princípio da finalidade.

---

<sup>5</sup> PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*, p. 214.

<sup>6</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. “Poder” discricionário. *Revista de Direito Público*, 76/100.

No que tange ao tema clássico da “separação dos poderes” o doutrinador mais célebre a tratá-lo é, sem dúvida, o barão de Montesquieu, a quem, não obstante não tenha sido o primeiro a introduzir o assunto, cabe, ao menos, o mérito de tê-lo exposto com maior eficácia. No livro XI do *Espírito das Leis*, Montesquieu assevera que “a experiência eterna nos mostra que quem tem poder é sempre tentado a abusar dele; e assim irá seguindo até que encontre limites”. Então, “para que não se possa abusar do poder, é necessário que o poder contenha o poder<sup>7</sup>”.

Partindo dessa premissa, o iluminista francês, depois de ter analisado diversos modelos de Estado, sugere que a “disposição dos poderes” mais adequada à salvaguarda das liberdades seria, à sua época, aquela disposta pela Constituição da Inglaterra. Nela, o magistrado executivo não possuía todo o poder legislativo nem todo o poder judiciário, o corpo legislativo não possuía todo o poder executivo e nem todo o judiciário e os juízes não possuíam todo o poder executivo e nem todo o legislativo. De fato, Montesquieu tem razão quando preconiza que onde esses três poderes se concentram reina o despotismo; a vontade dos cidadãos é aniquilada pela vontade particular do governante.

O princípio de separação dos poderes, porém, não deve ser entendido de forma absoluta. James Madison, representante do estado da Virgínia na assembléia constituinte dos Estados Unidos da América, propugnando a aplicação da teoria de Montesquieu na futura Constituição Americana, afirmava veementemente que o verdadeiro sentido do princípio estabelecido pelo doutrinador francês não era o de que o judiciário, executivo e legislativo deveriam se achar inteiramente distintos e separados:

He did not mean that these departments ought to have no partial agency in, or no control over the acts of each other. His meaning, as his own words import... can amount to no more than this, that where the whole power of one department is exercised by the same hands which possess the whole power of another

---

<sup>7</sup> MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*, p. 164.

department, the fundamental principles of a free constitution are subverted<sup>8</sup>.

Deveras, Constituição de lugar nenhum e de tempo algum prevê uma completa separação entre as três funções clássicas do Estado. Anuncia a Constituição Brasileira de 1988, no art. 2º, que a União constitui-se de três “Poderes” *independentes e harmônicos* entre si. O constitucionalista José Afonso da Silva esclarece que a *independência* dos poderes significa: a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; c) que, na organização dos respectivos serviços cada um é livre, observadas as disposições legais<sup>9</sup>. De outro lado, dizer que os poderes são *harmônicos* entre si implica em reconhecer que a independência não é absoluta; há interferências. Como num mecanismo de freios e contrapesos existe um controle recíproco entre os “poderes” de modo a manter o equilíbrio e evitar os desmandos dentro de uma mesma função.

As atividades realizadas pelo Estado se distinguem, no sentido formal, segundo o órgão que as manifesta, ou, no sentido material, em relação ao seu conteúdo próprio. Grosso modo, sob o prisma material, à função legislativa corresponde a criação das normas gerais e abstratas reguladoras das atividades dos particulares e das normas reguladoras da atividade estatal em geral. O trabalho de concretização das normas cabe às funções executiva e judiciária; a primeira, atuando *ex officio* de maneira a implementar a vontade da lei, sujeita ainda ao controle de legalidade pelo judiciário, a segunda, atuando de maneira a resolver os conflitos decorrentes da aplicação da lei, agindo sempre mediante provocação das partes.

Em que pese não haja absoluta correlação entre as funções sobre o ponto de vista material e formal, conforme se disse ao tratar do princípio da harmonia entre os poderes, verifica-se que há certa especialização predominante em cada

---

<sup>8</sup> MADISON, James. *The federalist*, p. 269.

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 111.



órgão. Há uma regra genérica de competência. Assim, ao órgão legislativo cabe predominantemente a função legislativa, ao órgão executivo cabe predominantemente a função executiva (ou administrativa) e ao órgão judiciário cabe predominantemente a função judicial.

## **b) Atividade Administrativa**

O Direito Administrativo trata da função administrativa. Todavia, definir com base em um critério seguro os confins da atividade administrativa é trabalho a ser ainda realizado pelos doutrinadores. Com efeito, são inúmeros os critérios utilizados pelos estudiosos no intuito de determinar aquilo que propriamente seria administração pública. Examinando o problema, o professor Pedro Henrique Xavier<sup>10</sup>, propõe uma classificação dos critérios utilizados pela doutrina em quatro diretrizes:

a) *Critério orgânico*. Segundo esse critério, a atividade administrativa é examinada conforme a sua procedência, sendo a função executiva realizada pelo órgão executivo, a função legislativa pelo órgão legislativo e a jurisdicional pelo órgão judiciário. Critica-se este critério, pois as funções estatais não são exercidas de forma absoluta pelos seus titulares.

b) *Critério material*. De acordo com esse critério, busca-se distinguir a função administrativa a partir de elementos intrínsecos a ela própria. Grosso modo, diz-se que a atuação administrativa é *concreta*, contrapondo-se aos atos gerais e abstratos expedidos no exercício atividade legislativa, e *imediata*, contrapondo-se aos atos mediatos realizados pelo judiciário. Critica-se essa teoria, pois ao direito não interessa tanto o conteúdo material do ato, mas antes suas conseqüências jurídicas. Tanto é assim que existem atividades

---

<sup>10</sup> XAVIER, Pedro Henrique. Ato Administrativo: Conceito e Elementos. *Revista da Faculdade de Direito*, 22/106.

administrativas que materialmente não diferem das outras funções, tais como a edição de regulamentos e a decisão em recursos administrativos.

c) *Critério residual*. Com base nesse critério a atividade administrativa é definida por exclusão das demais funções estatais. Assim, é atividade administrativa aquilo que não é atividade legislativa e jurisdicional. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello critica as doutrinas que definem a atividade administrativa em termos negativos, porque as definições, logicamente, devem se dar em termos positivos sob pena de deixar de dizer o que a atividade realmente seja.

d) *Critério formal*. Os sectários dessa doutrina alegam que não interessa para o direito a origem do ato e nem o seu conteúdo material, mas sim a sua eficácia jurídica. Nesse entendimento, a atividade administrativa seria aquela toda aquela sujeita ao regime jurídico de direito administrativo. A crítica que se deve fazer à utilização desse critério é que se pretende definir a atividade administrativa tendo em vista, justamente, a sujeição dessa atividade ao regime jurídico do direito administrativo. Com efeito, exposto dessa forma, torna-se evidente a tautologia da proposta.

Postos estes critérios de lado, pois é inegável a insuficiência de cada um deles, o professor Pedro Henrique Xavier esclarece que a característica fundamental da atividade administrativa está em que tal conjunto de atividades é sempre sindicável em juízo. Nesse aspecto, a atividade administrativa estaria apartada da atividade legislativa, na qual somente recai controle de constitucionalidade, e também da atividade jurisdicional, da qual cabe recurso e não propriamente controle jurisdicional. Atividade administrativa é então um *conjunto de atividades do Estado, exercidas sob a lei formal, sujeitas ao controle jurisdicional de sua legitimidade*<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> XAVIER, Pedro Henrique. Obra citada, p. 107.

### **c) Atos Administrativos**

De acordo com o conceito tradicional, *atos administrativos são atos jurídicos, praticados pelas pessoas administrativas, submetidos ao regime jurídico de direito administrativo*. É em razão desse regime diferenciado que a doutrina tem debatido de modo a isolar a espécie dos atos administrativos das outras espécies de atos jurídicos. Com efeito, o regime de direito público introduz requisitos diferenciados nos planos da existência, validade e eficácia do ato jurídico administrativo, o que doutrinariamente justifica uma conceituação autônoma.

#### *Os atos jurídicos e os atos jurídicos administrativos*

Os atos administrativos são espécies dos atos jurídicos, de modo que todos os atributos próprios dos atos jurídicos podem ser emprestados da teoria geral do Direito e aplicados no Direito Administrativo. Os atos jurídicos, por sua vez, são espécies do gênero dos fatos jurídicos *lato sensu*. Com efeito, a doutrina costuma subdividir os fatos jurídicos *lato sensu* em fatos jurídicos *stricto sensu* e atos jurídicos a fim de sublinhar, nestes, a concorrência da vontade humana. Todo direito subjetivo tem os seus pressupostos materiais (*tatbestand*) e no caso específico dos atos jurídicos ele é diretamente derivado de uma manifestação de vontade.

Todavia, nem todo ato de criação jurídica decorre diretamente de um juízo de vontade. Ocorre que o ordenamento, por vezes, deixa a criação de direitos subjetivos a cargo de uma eventualidade na qual não há manifestação humana como, v.g., o decurso do tempo ou a morte natural. São eles os chamados fatos jurídicos *stricto sensu*. De todo modo, qualquer que seja a origem do fato, quando ele repercute no mundo do Direito, a doutrina lhes atribui a denominação geral de fato jurídico *lato sensu*.

Para Savigny – em definição que se tornou clássica, mas que continua atual apesar do decurso do tempo – o “fato jurídico é o acontecimento em virtude

do qual começam ou terminam as relações jurídicas<sup>12</sup>”. Tal como o conceito de ato jurídico, o conceito de relação jurídica é essencial ao Direito. Representa o vínculo, o liame que impõe a submissão de um sujeito a outrem. Com efeito, a criação das relações jurídicas a partir dos fatos jurídicos consiste na criação do próprio Direito. Já anunciava o famoso brocardo latino: *ex facto ius oritur*, ou seja, o Direito nasce do fato, e não da lei ou da norma como vulgarmente se imagina. À norma jurídica cabe o papel de seleção dos inúmeros fatos que tomam lugar no mundo real para lhes atribuir eficácia jurídica.

Kelsen explica que o que torna um fato um *fato jurídico* é um sentido jurídico específico recebido por intermédio de uma norma<sup>13</sup>. Toda atuação jurídica, inclusive a administrativa, se dá por atos externos, sensorialmente perceptíveis, que ocupam um lugar no tempo e no espaço sendo que este evento não consiste em algo essencialmente jurídico. Tomemos o exemplo do diretor de um órgão público. Numa sala, repleta de pilhas de papéis, encontra-se um sujeito bem vestido, que neste momento subscreve folhas de papel nas quais se dizem “DEFIRO” ou “INDEFIRO”. Para Kelsen, esse fato temporal e sensorial tem relevância para o Direito somente porque o seu sentido é emprestado por uma norma jurídica.

Nas palavras do autor: “O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato... por intermédio de uma norma que a ele se refere em seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo essa norma<sup>14</sup>”. A norma, então, funciona como um esquema de interpretação, emprestando significação jurídica ao fato.

É comum na doutrina que os autores apregoem a divisão dos atos jurídicos em atos criadores do Direito e atos aplicadores do Direito. Os atos criadores do Direito são, na esteira dessa teoria, as leis, enquanto os atos aplicadores do Direito são as sentenças, os atos administrativos e os negócios jurídicos. Essa distinção, porém, não é de todo razoável. Com efeito, não há oposição absoluta

---

<sup>12</sup> SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Droit Roman*, § 103. Apud: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, p. 314.

<sup>13</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 4.

<sup>14</sup> KELSEN, Hans. *Idem*, *ibidem*.

entre os atos de criação e de aplicação do Direito, como explicaremos mais adiante. Aplicação e criação do Direito caminham sempre juntas.

Todo ato de criação normativa tem sua validade decorrente de uma norma imediatamente superior o que torna, conseqüentemente, o sujeito criador do Direito também um sujeito aplicador do Direito. Vale lembrar que o legislador, ao criar as leis, aplica também a Constituição, do mesmo modo que o juiz, ao prolatar sentença, aplica o Direito infra-constitucional. A única exceção à constante aplicação do Direito ocorre na norma fundamental hipotética cuja validade, não estando no próprio ordenamento, deve ser pressuposta.

Também, todos aqueles atos tidos como aplicadores do Direito, notadamente a sentença, o ato administrativo e o negócio jurídico, são também atos de criação normativa. O Direito, enquanto sistema normativo, abrange tanto as normas gerais abstratas como as normas individuais, limitadas ao caso particular. As normas individuais têm seu fundamento nas normas gerais, e estas, por sua vez, têm na Constituição o fundamento da sua validade. Contudo, é impossível que a determinação contida na norma superior seja tão forte de modo a não deixar margem alguma à criação do agente aplicador do Direito. Toda aplicação, então, envolve um campo de indeterminações, no qual a atividade meramente *cognitiva* do intérprete não dá conta, apelando deste modo à atividade *criativa*. A única exceção à regra constitui-se na atividade meramente executiva, a qual, estando na base da “pirâmide” do ordenamento jurídico, não cria normas, apenas executa-as.

#### *Os atos administrativos enquanto atos jurídicos submetidos a um regime jurídico diferenciado*

De acordo com a doutrina jurídica tradicional, os atos jurídicos são manifestações humanas aptas a produzir efeitos jurídicos, o que vale dizer que são manifestações da vontade aptas a criar, modificar ou extinguir relações jurídicas. Os atos administrativos são, pois, espécies dos atos jurídicos, visto que se tratam de declarações humanas às quais se atribuem efeitos jurídicos. A

determinação, porém, de quais seriam os elementos particularizadores do ato administrativo em relação ao gênero dos atos jurídicos é repleta de divergências na doutrina. Com efeito, não existe definição legal de ato administrativo, o que de certa forma justifica a multiplicidade de conceitos adotados.

Os atos administrativos não devem ser confundidos com os atos providos da administração. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>15</sup> ensina que nem todo ato do órgão executivo é propriamente ato administrativo. O professor esclarece que a administração pratica inúmeros atos os quais não interessam considerar como atos administrativos, tais como os atos regidos pelo direito privado, os atos materiais e os atos políticos. De outro lado, há atos que não são praticados pela administração, mas que, no entanto, devem ser considerados atos administrativos, como, por exemplo, as licitações executadas pelo legislativo e judiciário. Com efeito, apesar de discordarmos da categoria dos atos políticos proposta por Oswaldo Aranha, pode-se ainda assim concluir, sem prejuízo da divergência, que não é toda atividade do órgão executivo que se realizada por intermédio de atos administrativos, nem os atos administrativos são todos oriundos das atividades atribuídas ao órgão executivo.

Se o critério formal não é adequado, de outro lado, não se deve concluir apressadamente que ato administrativo seja todo aquele realizado no exercício de uma atividade materialmente administrativa. É que o administrador, na função de concreção do direito, executa inúmeras atividades desprovidas de qualquer eficácia jurídica, as quais, vale dizer, não geram direitos e nem criam obrigações. É o exemplo do professor de uma universidade pública que ministra regularmente as suas aulas, ou do auxiliar administrativo que leva um relatório de uma sala à outra. Enfim, nota-se que o critério material também não é suficiente, em si mesmo, para delimitar o conceito de ato administrativo, uma vez que a atividade administrativa é realizada tanto por meio de atos produtores de efeitos jurídicos quanto por atos meramente materiais.

Interessam, em especial, para o direito administrativo, aqueles atos da administração capazes de modificar a ordem jurídica. Não obstante os atos

---

<sup>15</sup> BANDEIRA de MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p 412.

meramente materiais da administração possuam relevância para o direito, sobretudo, quando da atividade administrativa haja causação de danos, ensejando, desta sorte, pedido de reparação face ao princípio da responsabilidade do Estado, os atos administrativos devem ser definidos como a *manifestação do Estado, produtora de efeitos jurídicos, no exercício da função administrativa*.

### *O ato administrativo e seus “elementos”*

O ato administrativo é uma declaração de vontade do Estado, no exercício da função administrativa, produtora de efeitos jurídicos. Como os demais atos jurídicos, os atos administrativos necessitam da integração de certos elementos essenciais, nomeadamente, um sujeito, um objeto e uma forma, para que possam gozar de validade jurídica.

O sujeito é quem pratica o ato. Embora o sujeito não seja propriamente um “elemento” do ato, e sim um pressuposto (pois quem pratica um ato, obviamente não deve ser confundido com o ato praticado), a boa didática justifica que se o analise juntamente com os outros elementos. Com efeito, é regra elementar do direito privado a exigência de um agente com capacidade jurídica para a realização do ato. No direito público, tal capacidade é expressa pelo conceito de *competência*, o qual é definido pela doutrina como o plexo de poderes conferidos em lei a um agente público para o desempenho de uma função pública. Assim, para que haja a realização de um ato administrativo, pressupõem-se, antes de tudo, um agente competente.

O objeto, também chamado de conteúdo do ato, é aquilo que o ato dispõe, vale dizer, aquilo que o ato modifica na ordem jurídica; é o efeito jurídico imediato produzido pelo ato. Como no direito privado, se o objeto for ilícito, a consequência jurídica resultante da ilicitude será a invalidade do ato. Ocorre, porém, que no regime de direito público, o princípio da legalidade atua de maneira invertida em relação ao Direito privado, sendo somente possível à administração agir em estrita conformidade com a lei. Deste modo, se não houver

previsão legal, ao contrário da relação entre particulares, na qual a licitude decorre tão somente da não proibição, o ato administrativo será inválido.

Já a forma é a manifestação exterior do ato, ou seja, é o modo pelo qual o ato se põe a conhecer. Com efeito, é impossível a existência de um ato sem forma, pois todo ato, para que exista, é necessário que se exteriorize de algum modo. No direito público, a forma reveste grande importância enquanto fator de garantia contra abusos das autoridades, de modo que a inobservância da forma exigida legalmente acarreta a invalidade do ato.

Além dos elementos constitutivos do ato, que a rigor são somente o conteúdo e a forma, e do agente competente, o qual o ato pressupõe, a doutrina costuma apontar outros dados que condicionam a validade do ato administrativo, tendo em vista a segurança jurídica dos indivíduos e o regime jurídico de direito público o qual impõe uma série de restrições à atividade do Estado.

A doutrina, contudo, não é pacífica ao arrolar os pressupostos condicionadores de validade específicos dos atos administrativos. Isso se explica em razão da natureza dinâmica do ato, a qual possibilita uma divisão e subdivisão *ad infinitum* de acordo com o entendimento dos autores. Destarte, por uma questão de conveniência, destacamos apenas dois pressupostos, os quais se consideram os mais relevantes: são eles o *pressuposto objetivo*, também denominado de “motivos” do ato, e o *pressuposto teleológico*, o qual se costuma chamar de finalidade do ato.

O pressuposto objetivo, ou os motivos do ato, são as circunstâncias de fato em razão das quais o ato é emitido. Os motivos antecedem o ato, logo não podem ser considerados como um “elemento”, como querem alguns, pois lhe são exteriores. Os motivos podem, ou não, estar estritamente previstos em lei. Havendo previsão normativa, o agente está adstrito à edição do ato.

Já o pressuposto teleológico, ou a finalidade do ato, é o objetivo pretendido pelo autor na prática do ato. Ensina Ruy Cirne Lima que “o fim e não a vontade, domina todas as formas de administração<sup>16</sup>”. Com efeito, a administração é a atividade de quem não é proprietário. Propriedade, em sentido

---

<sup>16</sup> LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*, p. 22.



largo, significa o direito de vincular o bem à *vontade* do seu titular. Já o agente público, tal como o administrador face à sociedade civil, ou o mandatário face ao outorgante, dispõe de bens que não lhes são próprios, estando, deste modo, sujeito a uma *finalidade* a qual deve servir fielmente. Deste modo, as atividades do agente estatal devem ser todas balizadas pela finalidade do interesse público e não por seu interesse particular.

## **Capítulo 2 - A submissão do Estado à Lei**

### **a) O Princípio da legalidade**

O princípio da legalidade, tema corrente na teoria política clássica, é no fundo o eterno problema relativo ao poder do Estado e sua limitação. Norberto Bobbio, ensina que a relação política por excelência é aquela entre quem tem o poder de obrigar por suas decisões os membros do grupo e os que estão submetidos a essas decisões<sup>17</sup>. Com efeito, a relação política – a relação entre governantes e governados – é essencialmente uma relação de poder. Nas palavras do autor, “o alfa e o ômega da teoria política é o problema do poder: como o poder é adquirido, como é conservado e perdido, como é exercido, como é defendido e como é possível defender-se contra ele<sup>18</sup>”. Enfim, o Estado lida com o poder e o cidadão necessita, de alguma forma, estar protegido contra o excesso ou o abuso no seu exercício.

Já Hans Kelsen expõe que a doutrina tradicional da sua época via com dificuldade o tema da limitação do poder estatal e formulou o problema da seguinte maneira: “Se o estado é a autoridade de onde emana a ordem jurídica, como pode ele estar sujeito a essa ordem, e como é possível o indivíduo receber dela obrigações e direitos?<sup>19</sup>”. Kelsen afirma que a questão era de suma importância para a sua época, havendo inclusive divergências na jurisprudência alemã.

---

<sup>17</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, p. 57.

<sup>18</sup> BOBBIO, Norberto. Obra citada, p. 143.

<sup>19</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 284.

O autor, todavia, expõe que a dificuldade de conceber direitos e obrigações ao Estado é apenas aparente, pois o Direito, na realidade, é criado por indivíduos humanos, e indivíduos que são, podem estar sujeitos ao Direito. Mais ainda, os indivíduos destinados a representar o Estado, o representam apenas na medida em que ajam em conformidade com as normas que regulam sua função.

De fato, não há nenhuma incoerência lógica em impor limites à atuação dos agentes que representam o Estado. O Estado, enquanto entidade supra-humana constituída por uma vontade ou interesse comum, age através de indivíduos humanos. A esses sujeitos, é atribuída capacidade para manusear o poder de criar normas e/ou fazê-las executar. Conforme a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, tratam-se de sujeitos que “exprimem manifestação estatal, munidos de uma qualidade que só podem possuir porque o Estado lhes emprestou sua força jurídica e os habilitou a assim agirem<sup>20</sup>”.

Dizer que o Estado lhes habilitou a usarem sua força jurídica é dizer que há uma espécie de “procuração” outorgada pelo Estado. Estando o agente a representar interesses de outrem, nada mais elementar que o dever de agir estritamente dentro dos poderes que a ele foram delegados. Alexander Hamilton, considerado um dos *founding fathers* dos Estados Unidos da América, dizia o seguinte a respeito do controle judicial dos atos de agentes públicos:

There is no position which depends on clear principles, than that every act of a delegated authority, contrary to the tenor of the commission under which it is exercised, is void... To deny this would be to affirm that the deputy is greater than his principal; that the servant is above his master; that the representatives of the people are superior to the people themselves; that men acting by virtue of powers may do not only what their powers do not authorize, but what they forbid<sup>21</sup>.

De fato, dada a característica meramente instrumental dos poderes conferidos pelo ordenamento a um órgão, a doutrina chega a propor que se diga

---

<sup>20</sup> BANDEIRA de MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 227.

<sup>21</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, Jay; JAY, John. *The Federalist*, p. 430.

*função*, caracterizada pela soberania da finalidade, ao invés de *poder*, caracterizado pela soberania do interesse. Enfim, é no bojo desse conjunto de idéias: da submissão do agente público à lei mais a incidência do controle jurisdicional, que se consagra o princípio da legalidade, atributo fundamental do Estado de Direito.

### **b) O Princípio da Legalidade no Direito Administrativo**

De acordo com a lição de André Gonçalves Pereira, o princípio da legalidade na administração exprime-se por um juízo categórico e necessário, o qual é anunciado da seguinte forma: *A administração está submetida à lei*<sup>22</sup>. Embora ninguém questione esse juízo, exposto de forma taxativa na doutrina, muito ainda se pode discutir dentro do quadro de significações estabelecido por esse enunciado. É que o contorno de cada um desses elementos não é bem delimitado pelos juristas e freqüentemente surgem questões como: Quem é a administração? O que é lei? De que forma a administração é submissa à lei?

Posto esse quadro de dúvidas, as quais estão diretamente relacionadas aos três conceitos utilizados pelo preceito anteriormente citado, a questão que apresenta conseqüências práticas mais relevantes, e conseqüentemente deve ser tratada com mais cuidado, é aquela atinente à natureza da submissão do agente administrativo ao comando legal. O publicista Gonçalves Pereira assinala três principais divergências dos doutrinadores nesse embate, as quais ele qualifica de *concepção restritiva*, *concepção ampliativa* e *concepção eclética* do conceito de legalidade no Direito Administrativo<sup>23</sup>.

Para aqueles que adotam a *concepção restritiva*, a administração teria uma esfera de ação tal como a dos particulares, a qual é caracterizada por um poder de iniciativa. Uma vez que cabe aos indivíduos agir livremente na busca dos seus interesses, desde que não se infrinja a lei, haveria ao administrador público a mesma margem de liberdade na busca do interesse público.

---

<sup>22</sup> PEREIRA, André Gonçalves. *Obra citada*, p. 19.

<sup>23</sup> PEREIRA, André Gonçalves. *Idem*, p. 20.

Já a *concepção ampliativa* do princípio da legalidade é aquela segundo a qual a relação de submissão legal da administração não se manifesta da mesma forma que em relação aos particulares. Ao passo que os indivíduos possuem vontade própria, podendo atuar livremente, e cabendo à lei apenas traçar os limites das suas atividades, o mesmo não se dá em relação à administração pública. A vontade da administração e seus fins a serem perseguidos são todos definidos previamente na lei, de modo que a vontade da lei confunde-se com a vontade da administração.

Enfim, para os adeptos da *concepção eclética*, a atividade administrativa não é homogênea, havendo casos de execução estrita da lei e casos nos quais seria possível vislumbrar uma atividade meramente lícita da administração, por não haver imposição legal previamente definida. Esta segunda esfera de atividades pressuporia a atribuição de faculdades discricionárias ao agente da administração toda vez que lei fosse omissa.

Entre essas três concepções, a que conta com maior número de adeptos na doutrina é a concepção ampliativa do princípio da legalidade. Com efeito, a visão restritiva deve ser tratada contemporaneamente, em face da evolução jurisprudencial e doutrinária do Direito Administrativo, apenas uma reminiscência histórica. Já a concepção eclética pode ser criticada por pretender estabelecer uma separação, não suficientemente fundamentada, da atividade administrativa em atividade estritamente vinculada e atividade discricionária. A teoria carece de fundamentação, pois, em primeiro lugar, em Direito Administrativo, setores inteiramente livres e campos estritamente vinculados não existem. O que de fato ocorre, é que há setores da atividade administrativa mais regulados que outros. Dividir rigorosamente atividade administrativa em atividade vinculada e atividade discricionária é absolutamente impossível, porquanto sempre haverá um mínimo de vinculação, mesmo nas chamadas atividades discricionárias, tanto quanto sempre haverá um mínimo de discricionariedade, mesmo nas chamadas atividades vinculadas. Em segundo lugar, a iniciativa de ação da administração nunca se equipara à iniciativa dos particulares, mesmo em se tratando do exercício de uma competência

discrecionária. O agente público nunca poderá, por exemplo, buscar os seus objetivos particulares no exercício de uma função administrativa, a qual deverá ser sempre balizada pelo interesse público.

### **c) O Princípio da Legalidade e o Controle Jurisdicional**

A concepção ampliativa da legalidade obteve grande acolhida na doutrina e jurisprudência por duas razões. De um lado a visão ampliativa confere maior previsibilidade aos indivíduos face à atuação do estado, conferindo, desse modo, maior segurança jurídica, e de outro lado é apontada como a melhor maneira de se conformar a atuação da administração em respeito aos direitos individuais.

O Direito Administrativo, segundo a lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro, nasceu e se desenvolveu baseado em duas idéias contrapostas: de um lado a necessidade de satisfação dos interesses coletivos, em razão dos quais são outorgadas prerrogativas e privilégios à função pública e de outro, a proteção dos interesses individuais face à autoridade estatal, consagrada no princípio da legalidade<sup>24</sup>. A atividade administrativa é, portanto, em decorrência do princípio da legalidade, atividade puramente *infralegal*.

É amplamente conhecida a fórmula atribuída a Michel Stassinopoulos, na qual se diz que a administração pública não pode atuar *contra legem* ou *praeter legem*, somente *secundum legem*:

On peut donc conclure qu'il ne'existe pas d'acte administratif qui ne soit pas lié à une règle de droit préexistante. Or la loi n'est pas seulement la limite de l'acte administratif, mais sa condition et sa base. Dans un État de droit, l'administration ne se trouve pas seulement dans l'impossibilité d'agir *contra legem* ou *praeter legem*, mais elle est obligée d'agir toujours *secundum legem*<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*, p. 65.

<sup>25</sup> STASSINOPOULOS, Michel. *Traité des Actes Administratifs*, p. 69.

Consequentemente, à administração não cabe inovar a ordem jurídica. Não existe atuação executiva *ex nihilo*, visto que apenas cabe ao agente administrador dar concreção à lei. Para ilustrar o raciocínio, diz-se que a administração não está num mar de liberdade, como estão os particulares, no qual a lei incide de forma insular para vedar determinados comportamentos. A administração se encontra, porém, num mar de restrições, sendo as ilhas as atribuições legais.

Enfim, é imprescindível que a atividade administrativa se dê em estrita legalidade. Infringindo as normas legais, extrapolando a competência, ou afastando-se da finalidade orgânica, o agente público vicia o ato de ilegalidade e o expõe a anulação pela própria administração, por intermédio de seu superior hierárquico, ou pelo órgão judiciário.

Com efeito, de nada serviria a enunciação do princípio da sujeição do Estado às leis se não fossem dados os meios fáticos para a imposição da autoridade legal. Seabra Fagundes ensina que são dois os mecanismos de controle dessa sujeição: O controle administrativo e o controle jurisdicional<sup>26</sup>. O controle administrativo decorre da organização hierárquica do quadro da administração. Ele se dá *ex officio*, por meio do poder disciplinar, o qual poder-se-á ocorrer em razão de uma divergência sobre uma providência já tomada (controle *a posteriori*), ou, por precaução, regulando situações futuras (controle preventivo)<sup>27</sup>.

Já o judiciário, pela sua própria natureza, deve ser chamado a resolver as situações contenciosas entre a administração pública e os indivíduos quando surgirem conflitos referentes à correta aplicação da lei. É que nem sempre o controle administrativo é suficiente, podendo o administrador negar direitos ao administrado, ou este se revelar insubmisso alegando ilegalidade do agente.

Ao judiciário cabe o controle *a posteriori* (não se dá preventivamente) e contencioso (o qual não se dá *ex officio*) de verificação da conformidade do ato com a norma que o rege. Não obstante o judiciário pareça estar em posição privilegiada, o controle jurisdicional dos atos administrativos é controle de

---

<sup>26</sup> FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 94 e 101.

<sup>27</sup> FAGUNDES, Seabra. *Idem.* p. 103.

*legalidade, e de estrita legalidade*, sendo de todo repudiável que o juiz exceda a sua competência. Logo, não é possível que o judiciário reexamine a conveniência e a oportunidade do ato. Esta, em certos casos, pode ser controlada pela administração, mas em nenhuma hipótese pelo órgão judicial.

No Brasil, o principal mecanismo de controle de legalidade sobre os atos administrativos se dá, como nos Estados Unidos, através de órgãos judiciários. Mas se é assim, o é por uma decisão política, pois, como se sabe, há países que não adotam esse modelo. O exemplo mais típico de controle de legalidade que não se dá por órgãos judiciários ocorre na França. Deveras, a desconfiança no poder judiciário é uma idéia que sempre se afirmou por lá por motivos históricos e ideológicos<sup>28</sup>.

#### **d) A Margem de Liberdade da Administração**

A atividade administrativa, embora sempre sujeita à lei, não deve ser identificada como atividade meramente executória. Não é atividade de execução pura e simples das regras de direito. Nunca o foi. Montesquieu, conquanto tenha realizado um trabalho extraordinário em “O Espírito das Leis”, é presentemente duramente criticado por pretender que a atividade judiciária, também uma atividade executiva *lato sensu*, seja limitada à mera obediência à lei. Com efeito, tal pretensão logo se mostrou impossível e até mesmo indesejável. Da mesma forma que não é desejável o judiciário *la buche de la loi*, não se deve cogitar em uma administração meramente *les mains de la loi*.

Por estar mais próxima dos destinatários das políticas estatais, a função administrativa sempre contou com certa margem de liberdade para a realização de suas atividades no interesse público. Maria Sylvia di Pietro esclarece que a

---

<sup>28</sup>Mauro Cappelletti, na obra *O Controle de Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, p. 97, aponta as seguintes razões históricas e ideológicas que levaram os franceses à desconfiança dos juízes: Como razões históricas, é necessário lembrar que o ofício judiciário no *ancien régime* era considerado um *droit de propriété, droit patrimonial*, pelos qual poderia, v.g., ser comprado, vendido e transmitido por herança. Do mesmo modo que um proprietário sabe desfrutar do poder que lhe é conferido, os juízes, antes da revolução, eram acusados de agir arbitrariamente e de ingerir nas decisões de outros poderes. Há também razões ideológicas as quais Cappelletti aponta para uma errônea interpretação das idéias de Montesquieu pela doutrina francesa, a qual passou a considerar absolutamente incompatível qualquer interferência dos juízes nas outras funções estatais.

dinâmica do interesse público exige flexibilidade de atuação. As necessidades coletivas são infinitas, complexas e crescentes, diante das quais é indispensável que se confira certa margem de liberdade aos administradores<sup>29</sup>.

No Estado de Direito, estando a administração sujeita ao império da lei, a liberdade no exercício dos poderes conferidos à função administrativa para a consecução do interesse público somente pode decorrer da própria lei, sob pena de arbitrariedade. Ocorre que a lei pode deixar campos de liberdade para aquele responsável à sua execução. A definição clássica de discricionariedade, anunciada por Michoud, exprime esta idéia: “*Il y a pouvoir discrétionnaire toutes les fois qu’une autorité agit librement, sans que la conduite à tenir lui soit dictée à l’avance par une règle de droit*”<sup>30</sup>.

Aqui cabe uma ressalva. Quando se diz *lei* não se refere à *lei* em um sentido estrito, aquela votada pelo Congresso, sancionada pelo Presidente da República e publicada no Diário Oficial. Faz-se alusão a algo mais amplo. Com efeito, o Estado não está vinculado somente à lei formal, mas também à Constituição, às decisões judiciais, aos regulamentos e aos negócios jurídicos. A norma jurídica, portanto, é que pode consentir, dentro de certos parâmetros, com a atuação livre da administração. A essa liberdade de agir, decorrente da norma, dá-se o nome de *discricionariedade*.

Característica da decisão administrativa tomada dentro da margem de discricionariedade é que ela não é passível de revisão pelo judiciário. O ordenamento jurídico, ao estabelecer liberdade ao administrador para decidir, o faz confiando no seu juízo pessoal. Ocorre que se fosse sempre possível ao judiciário o reexame do conteúdo discricionário do ato administrativo, o juiz usurparia a função do administrador. Conforme ensina Caio Tácito, quando a lei deixa ao administrador um campo de liberdade, a sua decisão será sempre livre e plena<sup>31</sup>. Enfim, a *insindicabilidade* é própria do “poder” discricionário, com o

---

<sup>29</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*, p. 206.

<sup>30</sup> MICHOU, *Étude sur le Pouvoir Discrétionnaire de l’Administration*. Apud. TACITO, Caio. *Direito Administrativo*, p. 65.

<sup>31</sup> TACITO, Caio. *Direito Administrativo*, p. 3.



que se afirma, com todo o acerto, que a decisão do agente adotada no campo discricionário não enseja direitos subjetivos aos administrados.

### **Capítulo 3 – A Discricionariedade**

#### **a) Noções Preliminares**

O adjetivo “discricionário” possui uma pluralidade de significados. Na linguagem corrente, o termo qualifica aquilo que se exerce com liberdade, com ausência de restrição ou condições. Por outro lado, é ainda possível que o adjetivo adquira uma tonalidade pejorativa. Por vezes, quando se anuncia que alguém procedeu discricionariamente, ou que uma autoridade decide com discricionarieidade, quer-se sugerir o agir arbitrário, caprichoso ou imponderado do agente. Assim o é, por exemplo, quando ao final de uma luta de boxe, os espectadores criticam os juízes que teriam atribuído a vitória àquele lutador que não lutou com mais bravura ou coragem: Dizem que a decisão dos juízes foi discricionária! Assim sendo, para que o estudioso compreenda o significado e a importância da discricionarieidade no campo do Direito, é necessário que ele se desvencilhe desse preconceito inicial.

Ronald Dworkin, em sua célebre obra “*Taking Rights Seriously*”, revela que a noção de discricionarieidade é sempre relativa a um contexto específico e não a qualquer situação da vida cotidiana que exija escolha. Este contexto se dá quando alguém é em geral encarregado de tomar uma decisão de acordo com padrões estabelecidos por uma autoridade<sup>32</sup>. Assim, não faz sentido em dizer que determinado consumidor tem o “poder discricionário” de escolher se compra maçãs ou bananas na feira de domingo, mas que, ao contrário, faz sentido em dizer que o empregado, por exemplo, possui uma margem de discricionarieidade para comprar frutas ou bananas, caso seu chefe o tenha requisitado para comprar “frutas”. Deste modo a discricionarieidade sempre se dá em uma relação de

---

<sup>32</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, p. 50.

autoridade e existe tal como um halo de liberdade circundado por restrições, ou tal como o espaço vazio dentro de uma rosca.

Ainda assim, o significado de discricionariedade pode, dependendo do contexto, adquirir algumas variações. Embora reconheça que é impossível dar conta de todas as nuances que o termo pode afetar na linguagem corrente, Dworkin distingue algumas gradações de significado com os quais o nome é empregado.

Dworkin explica que, às vezes, “discricionariedade” é empregada em um sentido fraco para dizer que o agente não aplica uma ordem de forma mecânica, mas que para cumpri-la é exigido do executor certa capacidade de julgar. É o caso, por exemplo, do tenente que ordena ao sargento, seu subordinado, que efetue uma patrulha com cinco de seus homens mais “experientes”. O conceito de “experiência” não é claro, e assim, poder-se-ia dizer que as ordens do tenente deixaram grande margem de discricionariedade ao sargento.

Há, ainda, um segundo sentido fraco, usado quando alguém tem autoridade para tomar uma decisão em última instância, a qual não pode ser revista e cancelada por ninguém mais. Falamos nesse sentido, por exemplo, a respeito da decisão de um árbitro em um evento esportivo, da qual não cabe recurso, pois ninguém possui o poder de impor a sua própria avaliação àquela.

Já no sentido forte, discricionariedade significa que em determinados assuntos não há restrições para a decisão do agente. Poder-se-ia aplicar esse conceito se o tenente do primeiro caso ordenasse ao sargento que encolhesse cinco homens para realizar a patrulha. Haveria, aqui, plena discricionariedade ao sargento. Porém, alguém poderia objetar argumentando que nunca há discricionariedade plena, pois a decisão do agente estaria sempre vinculada a alguns elementos. De fato, o sargento não poderia escolher *oito* homens, como também não poderia escolher um *cavalo* para realizar a patrulha.

O autor, porém, assevera que o conceito de “discricionariedade” é relativo, significando deste modo, que ninguém possui “o poder discricionário”, mas que se o possui relativamente a um contexto. Quando se fala em discricionariedade e vinculação, deve-se sempre dizer em relação ao que a discricionariedade e a

vinculação se referem. Não há impropriedade em dizer, por exemplo, que o sargento do primeiro caso, o qual se afirmou ter discricionariedade em sentido fraco, possui discricionariedade “plena” para escolher *entre* seus homens mais experientes (o que implica em dizer que ele poderá escolher qualquer um dentro do universo de soldados experientes) e que o sargento do terceiro caso possui uma margem de discricionariedade “limitada” em sua escolha, pois devendo escolher cinco homens, deverá escolher homens, não cavalos, e cinco, não sete.

Todas essas noções, com a ressalva de que sempre estão vinculadas a um contexto, podem ser aplicados no estudo do Direito Administrativo. A escolha dos Ministros de Estado realizada pelo Presidente da República, por exemplo, é uma escolha discricionária tanto em sentido forte como no segundo sentido fraco da teoria de Dworkin. Já a promoção do policial militar por ato de bravura realizada pela Comissão de Promoção de Praças é decisão discricionária no primeiro sentido fraco e no segundo sentido fraco somente em relação às autoridades do legislativo e judiciário, mas não face aos superiores hierárquicos do escalão administrativo, como o Comandante Geral da Polícia Militar, o Secretário de Estado de Segurança Pública e o Governador.

No entanto, entende-se que a principal característica da discricionariedade administrativa não é tanto a “operação metal” realizada pelo intérprete do comando normativo – embora ela sempre exista – ou a plena liberdade de escolha – porquanto seja sempre relativa – mas a insindicabilidade, a qual, tomada dentro de um halo de liberdade, torna a escolha do agente – dando concreção às indeterminações das palavras por meio das quais são expressas as normas, ou quando a norma expressamente conferir mais de uma solução face à hipótese fática – a mais autorizada no caso concreto. Dessarte, por razões didáticas, firma-se que quando se disser *discricionário* ou *discricionariedade* no Direito Administrativo, querer-se-á reportar ao segundo sentido fraco da classificação de Dworkin, vale dizer, aquela na qual se sublinha o atributo da insindicabilidade.

## **b) Estrutura da Discricionariedade**

Questão de grande importância, e que tem gerado eternos debates na doutrina, é aquela referente à determinação da margem de discricionariedade e de vinculação do administrador na realização do ato administrativo. Nesse propósito, os juristas têm apresentado inúmeros critérios tendentes a demarcar o espaço de discricionariedade conferido ao agente. Alguns propõem, por exemplo, que a discricionariedade só exista quando a lei expressamente a confira, enquanto outros dizem que não há necessidade de que a lei atribua um “poder” discricionário de forma patente. Para outros a discricionariedade pode decorrer, também, nos casos de omissão da lei e há ainda aqueles que dividem o ato administrativo de modo a apontar as partes às quais são inexoravelmente vinculadas e aquelas nas quais residiria a discricionariedade.

Entendemos que para realizar esta tarefa é imprescindível que se analise, antes de tudo, a estrutura da atuação administrativa, pois somente a partir desse ponto é possível delimitar o ambiente de liberdade conferido ao administrador público por intermédio do instituto da discricionariedade.

A atuação jurídica da administração se dá por intermédio dos atos administrativos, os quais, como ato de aplicação/criação do Direito, devem ser fundamentados nas normas do ordenamento jurídico. Com efeito, o ordenamento jurídico é um sistema de normas gerais e individuais relacionadas entre si, no qual cada norma é criada de acordo com o determinado em outra norma, até que se chegue à norma fundamental, a qual não encontrando o seu fundamento de validade em uma norma imediatamente superior no ordenamento, tem validade pressuposta.

A ordem jurídica não é um sistema de normas situadas no mesmo plano, mas uma construção escalonada de diferentes níveis de normas jurídicas, de modo que uma norma é válida somente na medida em que esteja de acordo com a norma imediatamente mais alta que a determina. Assim, chamamos a norma produzida de *norma inferior* e a norma que regula a sua produção de *norma superior*.

O Direito regula a sua própria criação delegando poderes para a criação de normas. De fato, o ordenamento jurídico não só prescreve condutas, mas também

distribui competências. São os princípios estáticos e dinâmicos do Direito, de acordo com a teoria kelseniana<sup>33</sup>. Os princípios estático e dinâmico, porém, podem estar reunidos numa mesma norma quando há atribuição de poderes relativos à produção de normas gerais ou individuais juntamente com a determinação de como devem ser criadas tais normas.

Se começarmos pela Constituição, vemos que ela dispõe do modo como as normas gerais serão produzidas e, também, determina em certa medida o próprio conteúdo das futuras regras jurídicas. Em seguida teremos as leis e os regulamentos, que correspondem às normas jurídicas gerais, sendo as primeiras relativas à produção das normas gerais propriamente ditas e as segundas correspondentes à pormenorização das primeiras. As normas gerais são por sua vez aplicadas por órgãos preestabelecidos pelo ordenamento, como a juiz e as autoridades administrativas. Destarte, o ordenamento não apenas aponta os órgãos aplicadores, como também pode determinar o conteúdo da norma individual a ser criada no caso concreto.

Sendo assim, não se pode reconhecer como exata a divisão clássica entre atividades de criação do Direito e atividades de aplicação do Direito. Esses conceitos não são, de modo algum, opostos absolutos. Com efeito, o legislador não só *cria* como também aplica o Direito, da mesma forma que os juízes e os agentes da administração não só *aplicam* o Direito como também o criam. A criação de normas jurídicas gerais é também aplicação da Constituição, tal como a aplicação de normas jurídicas gerais pelos tribunais e órgãos administrativos é criação de normas jurídicas individuais. Há, então, simultaneamente, criação e aplicação do Direito em todos os degraus do escalonamento normativo.

Para Kelsen, a relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica é essencialmente uma relação de vinculação, de determinação<sup>34</sup>. A norma do escalão superior regula o processo de formação da norma inferior e também, eventualmente, o próprio conteúdo da norma a ser produzida. Ocorre, porém, que essa determinação nunca é completa. A norma do escalão superior

---

<sup>33</sup> Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 219.

<sup>34</sup> Kelsen, Hans. *Idem*, p. 388.

não pode vincular em todas as direções, vale dizer, sob todos os aspectos, o ato através do qual é aplicada. Porém, nas palavras de Kelsen:

tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever<sup>35</sup>.

Não é outro o pensamento de Rodrigues Queiró, para quem a discricionariedade reina em toda parte no Estado de Direito, como necessária enquadração de motivos extra-jurídicos (motivos autônomos, isto é, que não estão predeterminados na norma), nas progressivas e graduais concretizações de um Direito primário (ou seja, aquele que antecede a norma secundária, a norma concreta)<sup>36</sup>. A rigor, atividade administrativa não difere da atividade legislativa, atividade de grau imediatamente superior. Tal como esta, a função administrativa é parte no processo gradual de formação do Direito e, deste modo, os sujeitos que a realizam são livres para juntar à norma imediatamente superior alguma coisa de extra-jurídico, um *nouvel apport*, já que uma execução inteiramente rígida da norma é de fato impossível.

A indeterminação deixada pela norma superior à concreção da norma inferior pode se dar de maneira intencional, ou não intencional. A indeterminação não intencional decorre da constatação de que a linguagem utilizada pelos juristas é limitada, não sendo possível ao legislador regular exhaustivamente todas as situações possíveis em concreto. Por outro lado, o legislador pode,

---

<sup>35</sup> Kelsen, Hans. *Idem*, *ibidem*.

<sup>36</sup> QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *A Teoria do “Desvio de Poder” em Direito Administrativo*. Revista de Direito Administrativo, 6/45.

voluntariamente, deixar um campo de indeterminação ao aplicador da norma, e pode fazê-lo de forma expressa ou tácita, explícita ou implícita. De forma explícita, quando o legislador expressa verbalmente no comando normativo que cabe à vontade do agente a sua determinação, como, v.g., o art. 84 da Constituição Federal, inciso VI, o qual anuncia como competência privativa do Presidente da República dispor, mediante decreto, sobre a organização e funcionamento da administração federal. E de forma implícita, quando o legislador se utiliza de conceitos mais generalizantes, acarretando uma margem de incertezas a serem dirimidas pelo aplicador da norma.

Enfim, todo ato jurídico por meio do qual o Direito é aplicado é em parte determinado pelo Direito e em parte indeterminado. Nos casos de indeterminação há sempre várias possibilidades de aplicação deixadas ao juízo do agente. Com efeito, o Direito a ser aplicado configura, em cada hipótese, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de concretização, de modo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro desse quadro ou moldura legal.

### **c) Atos Discricionários e Atos Vinculados**

A doutrina marca a classificação dos atos administrativos em atos vinculados e atos discricionários. Entre todos, Brandão Cavalcanti, em seu *Tratado de Direito Administrativo*, assume essa classificação afirmando que “ato discricionário é todo aquele insuscetível de apreciação por outro poder que não aquele que o praticou<sup>37</sup>”. Contudo, é possível que, face ao princípio da legalidade, exista tal categoria de atos no Direito Administrativo?

Entendemos que não há espaço na administração para atos insuscetíveis, a qualquer pretexto, de exame por outros órgãos. É inafastável que a presença do juiz seja constante, de modo a não permitir que o administrador ultrapasse o terreno da conveniência e oportunidade, e exceda as faculdades inerentes a sua função. Destarte, não há cabimento para uma categoria de atos administrativos

---

<sup>37</sup> CAVALCANTI, Brandão. *O Funcionalismo Público e seu Regime Jurídico*, p. 287. Apud. CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 264.

que escapem à visão do judiciário; categoria assemelhada, quanto aos efeitos, aos antigos “atos de governo”, para os quais havia um regime de imunidade jurisdicional.

Outros doutrinadores, como Cretella Júnior, defendem essa terminologia, todavia substituindo o significado por outro mais moderado. Ensina o professor que o “ato vinculado, regrado ou predeterminado é o ato administrativo que se concretiza pela vontade condicionada ou cativa da administração, obrigada a se manifestar positivamente, desde que o interessado preencha, no caso, determinados requisitos fixados *a priori* pela lei<sup>38</sup>”. Já o ato administrativo discricionário “é o ato que, embora vinculado à lei, tem livre faixa de trânsito, a critério do administrador que, para editá-lo, consulta apenas a oportunidade e/ou conveniência da medida”.

Em que pese os esforços do autor que, como ele mesmo o diz em seus textos, busca salvar a expressão tradicional e consagrada na jurisprudência, não compartilhamos do mesmo entendimento. Preferimos a lição de Caio Tácito, para quem não se pode falar em ato discricionário, mas em *aspectos* discricionários do ato<sup>39</sup>.

Nessa esteira, o autor aponta que o equívoco da doutrina estava em classificar o ato administrativo nesta ou naquela categoria, considerando-o como um todo indivisível. Porém, a prática administrativa confirma que não cabem aqui padrões extremos e categóricos. “Não há rigorosamente nenhum ato totalmente vinculado ou totalmente discricionário. Existem matizes de predominância, mais ou menos acentuados, dando relevo à parte livre ou à subordinada da manifestação administrativa<sup>40</sup>”, diz o professor.

Deste modo, entendemos que não é adequada a classificação da atividade administrativa em discricionária ou vinculada, a qual se relaciona com a própria competência da administração, mas de acordo com o binômio “mérito e legalidade”, o qual é relacionado aos aspectos discricionários ou vinculados do ato.

---

<sup>38</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 262.

<sup>39</sup> TACITO, Caio. *Direito Administrativo*, p. 65.

<sup>40</sup> TACITO, Caio. *Idem*, *ibidem*.



#### **d) Noção de Mérito**

O conceito de mérito reveste grande importância para o Direito Administrativo, uma vez que ele indica o campo deliberativo da administração isento de revisão judicial. O juiz ao se debruçar sobre o ato administrativo não pode julgar o merecimento ou não do ato. É que na edição do ato podem ter concorrido ponderações de cunho político-administrativo sobre as quais não cabe sindicância pelo poder judiciário. Seabra Fagundes esclarece que o mérito do ato administrativo constitui um aspecto do procedimento da administração, de tal modo relacionado com circunstâncias e apreciações só perceptíveis ao administrador, que ao juiz é vedado penetrar no seu conhecimento<sup>41</sup>.

A noção de mérito para o Direito Administrativo não deve ser confundida com a noção de que reveste no Direito Processual Civil. Para o Direito Processual, mérito significa o conteúdo material da lide, configurando-se, então, como um elemento constante e principal do processo. Já para o Direito Administrativo, o mérito não é um elemento necessário e constante, senão, também nas palavras do professor Seabra Fagundes, *eventual e restrito*.

O espaço do mérito, no passo do Direito Administrativo contemporâneo, é o próprio espaço da discricionariedade administrativa. Não há que se falar em mérito quando a norma determina os modos possíveis de agir, somente quando a lei reservar liberdade ao administrador. Caio Tácito assevera que legalidade e discricionariedade são conceitos antinômicos que se completam, havendo na atuação da administração dois aspectos inconfundíveis: o *mérito* e a *legalidade*<sup>42</sup>.

Desse modo, o *mérito* é o campo de liberdade no qual a vontade do agente decide sobre as soluções mais adequadas ao interesse público, sendo, por conseguinte, a sede do “poder” discricionário do administrador, por intermédio do qual o agente se orienta a partir de critérios de oportunidade e conveniência.

---

<sup>41</sup> FAGUNDES, Seabra. *Conceito de Mérito no Direito Administrativo*. Revista de Direito Administrativo, Seleção Histórica, p. 189.

<sup>42</sup> TACITO, Caio. Obra citada, p. 26.

Já a *legalidade* é a zona de vinculação. A lei vincula a manifestação da vontade do administrador, estabelecendo um nexo de causalidade entre o ato a ser emitido e norma a ser aplicada. Agindo o administrador de forma insubmissa à vontade legal, por consequência, o ato será nulo.

#### **e) A discricionariedade é desejável?**

O Estado Moderno sofreu um longo processo de acolhimento e institucionalização dos remédios contra o abuso do poder estatal, culminado na constitucionalização da separação dos poderes e na submissão dos agentes estatais à ordem legal. Como fruto desse processo, a função do executivo e a edição dos atos administrativos estão hoje rigorosamente cingidas dentro de limites normativos. Contudo, mesmo no interior dessas fronteiras há ainda um espaço de liberdade para o administrador, o qual deverá tomar decisões segundo seu próprio juízo de oportunidade e conveniência. Caberá, agora, analisar se essa liberdade é, então, desejável ou não.

A doutrina é uníssona ao apregoar que a existência de uma zona de liberdade atribuída ao agente é necessária para a boa gestão dos interesses públicos. Mas do que isso; é logicamente impossível que se elimine de todo a margem de decisão própria do administrador, quando da execução do comando legal. Muito embora seja isso o que inicialmente se afirme, o instituto da discricionariedade vem sendo sistematicamente corroído no Direito nacional, seja em decorrência de uma interpretação equivocada do tema, seja em razão da desconfiança que atualmente paira sobre os órgãos executivos.

Primeiramente, reforçamos que é impossível que se elimine o caráter volitivo na dinâmica de criação jurídica. De acordo com o ensino de Queiró, notadamente fundado na lição de Kelsen, a discricionariedade é elemento absolutamente necessário na gradual formação do Direito, não limitado à zonas isoladas, mas largo e generalizado a toda ordem jurídica enquanto ordem dinâmica – *i.e.*, como ordem que se realiza – tornando cada degrau do escalão

jurídico sucessivamente mais concreto<sup>43</sup>. Uma vez que no estabelecimento das normas sempre concorre a vontade do agente, a discricionariedade estará sempre presente na criação dos atos administrativos, embora, via de regra, em menor medida que no ato legislativo e em maior medida que no ato judicial.

Alguns autores sustentam que a discricionariedade é também uma exigência constitucional. O professor Queiró assevera que no Estado de Direito, no qual impera a separação entre as três funções estatais clássicas, o legislador, para se manter tal, deve deixar uma margem de discricionariedade à administração<sup>44</sup>. Esclarece o autor português que há um limite na determinação da lei além do qual não há legislador que possa ir, sob pena de se passar da abstração à individualização. Com efeito, se o legislador a fizer desaparecer, para isso ele terá de sacrificar a sua própria qualidade de legislador<sup>45</sup>. Também o judiciário não pode ir além dos seus limites constitucionalmente estabelecidos e adentrar no mérito da decisão administrativa. Nessa esteira é conveniente trazer o ensino de Garrido Falla para quem a *“discrecionalidad se manifiesta... frente al Juez, porque un Tribunal nunca podrá sustituir por los suyos propios, los puntos de vista de la Administración activa sin excederse de su verdadero papel, que no debe ser otro que el de guardián de la legalidad”*<sup>46</sup>.

Por outro lado, é também necessário garantir à administração o uso da discricionariedade, uma vez que o administrador é o perito mais adequado para se qualificar a oportunidade a conveniência da edição do ato em certas ocasiões. Almiro do Couto e Silva afirma que, nesses casos, há “prerrogativas de avaliação” em favor do agente administrativo, o qual em casos altamente duvidosos – uma vez que a administração pública está mais perto dos problemas e, em princípio, está mais bem aparelhada para resolvê-los – parece que a decisão final deverá caber somente a ela, de modo que o controle jurisdicional não deverá ir ao ponto de substituir a decisão administrativa pelo seu juízo particular<sup>47</sup>. A lei,

---

<sup>43</sup> QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *A Teoria do “Desvio de Poder” em Direito Administrativo*. Revista de Direito Administrativo, 6/44.

<sup>44</sup> QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Idem*, p. 59.

<sup>45</sup> QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Idem*, p. 57.

<sup>46</sup> FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de Derecho Administrativo*, p 283.

<sup>47</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, 179/59.

ao conferir ao agente uma margem de discricção, o faz depositando confiança no seu juízo.

Neste sentido, vale o argumento de Caio Tácito, para o qual, “o administrador, dotado de experiência prática e maior conhecimento pragmático decidirá, com plasticidade, os problemas da administração. Não cabe ao juiz, mesmo perante desacertos e equívocos, substituir a ação executiva pelo arbítrio da toga<sup>48</sup>”. Com efeito, onde existe dúvida, o aplicador da norma deverá concorrer com a sua vontade para que a previsão abstrata da norma geral se torne concreta no caso particular, logo substituir o juízo de oportunidade do administrador, o qual está invariavelmente mais próximo que o juiz do caso concreto, é uma opção política, no mínimo, desastrosa.

Recentemente, na esteira da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, alguns autores têm afirmado que quando a lei regula uma dada situação em termos que geram discricionariedade, o legislador, de modo algum, abriu mão do desejo de que seja adotado pela administração o *comportamento ótimo*, de modo que quando o legislador concede uma margem de discricionariedade, ele o faz exatamente porque exige a conduta capaz de satisfazer com excelência a finalidade legal.

No intuito de fundamentar seu entendimento, Celso Antônio propõe a seguinte questão: “Quando a norma jurídica vinculadamente estabelece um único comportamento, ninguém duvida que ela quer um comportamento ótimo, e que o legislador considerou possível pré-definir o comportamento ótimo; por isso o fez em termos de vinculação total”. Contudo, “quando o legislador regula uma dada situação em termos dos quais resulta discricionariedade, ele abriu mão do desejo, da imposição, de que seja adotado o comportamento ótimo?<sup>49</sup>”.

A resposta apresentada pelo autor é negativa. Não se aceita do administrador outra conduta que não seja aquela capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal. Em outras palavras, a conduta que não atingir de modo preciso e excelente a finalidade legal não é aquela pretendida pela regra

---

<sup>48</sup> TACITO, Caio. Obra citada, p. 4.

<sup>49</sup> BANDEIRA de MELLO, Celso Antônio. “Poder” Discricionário. *Revista de Direito Público*, 76/105.

de Direito. Para Celso Antônio, do mesmo modo que não se pode pegar um ônibus que vai para “A” pretendendo chegar em “B”, é preciso que ao praticar este ou aquele ato, sejam tomadas opções idôneas a se atingir a finalidade.

Em que pese a nossa admiração pelo trabalho e doutrina do autor, não se pode concordar com suas conclusões. De fato, quando o legislador cria as regras gerais e abstratas que regem o exercício da função executiva, pressupõe-se que ele o faz de boa fé, desejando uma solução ótima no mundo real, pois somente na hipótese esdrúxula – mas nem tanto – de má-fé legislativa as leis não seriam criadas para esse fim. De fato, mesmo quando o legislador opta por atribuir discricionariedade ao agente da administração, o seu objetivo é certamente de que a solução a ser dada face ao caso concreto seja a mais adequada possível.

Todavia, se a administração está vinculada legalmente à opção ótima, vale dizer, se ela está adstrita ao *dever jurídico* de tomar a única decisão excelente face ao caso concreto, logo caberá revisão jurisdicional até mesmo sobre o campo discricionário da decisão administrativa. Consequentemente, sendo a administração vinculada à satisfação da “vontade legal” de que a decisão perfeita seja tomada a todo o momento, o instituto da discricionariedade estará aniquilado.

A margem de indeterminação deixada pelo legislador, quer proposital, ou não, implica sempre em um momento posterior no qual ela venha a ser determinada por um agente responsável pela aplicação do Direito. Nesta determinação há *poder*. Retirando-o da administração, coloca-se-o nas mãos do judiciário e deste modo serão oportunas todas as críticas que se fizeram acima, pois, além de ser inconstitucional e de retirar toda a maleabilidade necessária à boa administração, o judiciário não é equipado com uma estrutura que lhe permita tomar a tão buscada decisão “excelente” no caso concreto.

No estado de Direito, o que se exige é que o juiz se coloque em seu próprio terreno. A insindicabilidade, decorrente da decisão discricionária da administração, não implica em um afastamento de jurisdição, porquanto todo ato gravoso a direitos subjetivos sempre poderá ser submetido ao órgão judicante a fim de que este sopesa a sua legalidade. A insindicabilidade significa, sim, que o

judiciário não deve promover o alargamento de suas funções de modo a perpetrar desmandos na política administrativa. Com efeito, a ditadura jurídica é tão nociva quanto o descritério da administração, com o agravante de que, ao contrário destes, os quais podem ser substituídos por intermédio da urna, aqueles permanecerão indefinidamente.

#### **f) Discricionariedade e os elementos do ato administrativo**

Alguns autores empenham-se em desconstituir o ato administrativo em partes, de modo a apontar aquelas nas quais, inexoravelmente, haveria discricionariedade e aquelas que seriam inexoravelmente vinculadas à lei. Com todo o respeito que dedicamos aos doutrinadores que militam nesse sentido, entendemos que essa tarefa, sem embargo de ser didaticamente desastrosa, é de todo irrazoada.

Primeiramente, toda discricionariedade decorre de uma indeterminação normativa. Discricionariedade e vinculação não são situações antagônicas. Nenhuma existe independentemente da outra. A atividade executiva e jurisdicional, assim como a atividade legislativa, são, ao mesmo tempo, atividade de aplicação e criação do Direito, com o que se afirma que sempre haverá uma margem de vinculação e discricionariedade em toda atividade estatal. De fato, não é possível separar em termos absolutos esses dois processos. Anunciar que existam elementos dos atos administrativos inexoravelmente vinculados, ou discricionários, implica em ressuscitar essa falsa dicotomia.

Ademais, Rodrigues Queiró já advertia que as divisões e subdivisões do ato administrativo serviam, no mais das vezes, somente para “obscurecer obstinadamente os problemas do direito administrativo<sup>50</sup>”. Em referência ao tema da discricionariedade, não é outra coisa o que ocorre. Além da confusão semântica, pois que um chama “causa” o que outro chama “motivo” e outro chama “fim” ao que o outro chama “competência”, a discricionariedade, que em decorrendo de uma indeterminação da *norma*, não pode estar amarrada a um

---

<sup>50</sup> QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Obra citada, p. 54.

elemento do *ato*, o qual é resultado da aplicação/criação da norma. Com efeito, a discricionariedade não deve ser buscada no resultado e sim na causa.

O legislador, sem embargo dos casos de indeterminação não intencional, pode deixar um espaço de indeterminação onde bem entender, segundo critérios de oportunidade e conveniência legislativa. Pode-se estabelecer um campo discricionário no que usualmente se chama de *motivos*, quando, por exemplo, o legislador atribui à autoridade administrativa o poder para demitir funcionário público por “falta grave”. Pode-se, também, estabelecer discricionariedade quanto ao *conteúdo* do ato, como, por exemplo, ocorre no Direito brasileiro para a expedição do porte de arma. Pode, ainda, restar discricionariedade quanto à *forma*, como, *e.g.*, quando a lei permite à autoridade policial agir “com força de dissuasão” quando for necessário. De fato, os únicos “elementos” irreduzíveis são a *competência* do agente e a *finalidade*.

A bem da verdade, a competência não é propriamente um “elemento” do ato administrativo, mas um pressuposto deste. A competência reside no comando normativo e não é criada pelo administrador. Em referência a competência, Queiró chega a afirmar que esta é a “essência” do Direito administrativo, pois a atividade administrativa sempre pressupõe um agente ou um órgão ao qual são atribuídas funções<sup>51</sup>. Kelsen também expressa que a determinação do órgão é o mínimo do que tem de ser determinado na relação entre uma norma superior e inferior<sup>52</sup>.

Uma vez estabelecida a competência, a lei poderá em seguida conferir maior ou menor discricionariedade à atuação do agente. Com efeito, a determinação da produção de uma norma inferior por outra superior pode ter diferentes graus, porém nunca pode ser tão reduzida a ponto de eliminar completamente o caráter de *aplicação* do Direito, o qual se mostra sempre presente no exercício, pelo sujeito, da competência legal. Todo ato jurídico é ato de aplicação do Direito na medida em que todo ato jurídico deve ser

---

<sup>51</sup> QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Idem*, p. 52.

<sup>52</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 261.

fundamentado em uma norma jurídica anterior (pré-existente) para que possa ter validade.

Podemos, destarte, idealizar uma ordem jurídica cuja única regra seja a indicação de um agente responsável por toda a criação normativa. Neste Estado hipotético poderia existir apenas uma norma a qual expressasse que o seu Imperador deveria criar as leis e decidir conflitos segundo sua apreciação inteiramente livre. *Mutatis mutandis*, a própria Constituição do Brasil Imperial deixava ao Imperador uma grande margem de criação normativa ao dispor de modo extremamente vago sobre suas atribuições: “O poder moderador é a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como chefe supremo da nação e seu primeiro representante, para que, incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos” (art. 98). Com efeito, a norma pode conferir maior ou menor discricionariedade caso a caso, sendo insuprimível, entretanto, a regra que dispõe da competência.

Enfim, se pretendemos classificar os “locais” onde é possível encontrar discricionariedade, o objeto a ser examinado deve ser impreterivelmente a norma, e não o ato, porquanto a norma é que a fundamenta, sendo o ato jurídico administrativo apenas o resultado do seu exercício. Interessam, pois, para a atividade criadora/aplicadora do Direito duas categorias de normas: a) normas que determinam a criação de normas, e b) normas que determinam o conteúdo de normas.

As primeiras determinam o agente ou o órgão responsável pela criação normativa. Já as segundas, apontam o conteúdo das normas a serem criadas. Essas últimas podem não existir, como no exemplo anterior, no qual, ausente qualquer espécie de pressuposto de fato, o criador da norma inferior teria plena liberdade para agir. É, portanto, um caso no qual redundar-se-ia em discricionariedade em sentido forte conforme a distinção de Dworkin dos significados de discricionariedade.

Mas também sói acontecer do legislador determinar o conteúdo das futuras normas. Caso assim ele proceda, a discricionariedade administrativa pode residir



na *hipótese* da norma, quando o pressuposto de fato for descrito através de palavras que recobrem conceitos vagos, e pode também residir no *comando* da norma, quando este inculca certa margem de liberdade ao agente para decidir se pratica ou não dado ato, ou quando apresenta esta ou aquela medida com legalmente legítimas para uma mesma situação de fato.

## **Capítulo 4 - Discricionariedade e Conceitos Indeterminados**

### **a) Linguagem, Interpretação e Direito**

O Direito é uma forma de comunicação humana que se realiza por meio da linguagem. Com efeito, o jurista, no exercício da sua atividade, é instado a lidar constantemente com palavras, orações, frases e textos, o que torna a linguagem ferramenta essencial no seu trabalho. É por seu intermédio que se editam leis, se criam normas, se interpretam disposições, se descrevem situações de fato, se apresentam petições e se subsume casos concretos às regras e princípios jurídicos. Talvez não haja outro ofício para o qual a linguagem se revele tão significativa e ao mesmo tempo tão problemática, o que, em certa medida, explica o fato do tema “Direito e Linguagem” ser tão freqüente nas discussões da filosofia do Direito.

Os escolásticos ensinavam com propriedade que a linguagem é a mediadora entre as coisas e o entendimento. Os sinais, memorizáveis no cérebro humano, possuem uma função representativa de uma realidade. Eles se colocam como substitutivos das coisas, ensejando um relacionamento com objetos tanto presentes como ausentes. Todavia, não se pode pretender que a linguagem seja um espelho unívoco, exato, da realidade concreta.

Em toda parte, os filósofos contemporâneos apregoam que a linguagem é um sistema de sinais *limitado* para a representação de uma realidade *ilimitada*, o que vale dizer que a linguagem nunca é capaz de abarcar toda a sutileza e complexidade da “coisa”. A realidade apresenta uma infinidade de possibilidades concretas, o que a torna impossível de ser inteiramente apreendida por um sistema

limitado de sinais. Resumindo, a palavra nunca poderá albergar toda a riqueza do objeto, com o que se conclui que uma representação perfeita da realidade através de modelos lingüísticos é, de qualquer forma, impraticável.

O jurista é refém de uma linguagem imperfeita, porquanto seja por intermédio de um sistema de sinais equívoco e inexato que se descreva, ou valere a realidade. O operador do direito, ao pretender conferir maior ou menor precisão ao seu discurso tem somente a possibilidade de escolher entre a utilização de palavras cujos conceitos são mais concretos e menos abstratos, ou mais abstratos e menos concretos, isto é, pode optar, por exemplo, em dizer *carro* ou *coisa*, *funcionário público* ou *alguém*, *prevaricação* ou *falta grave*.

O significado preciso de um texto é sempre problemático. Diante disso, o exercício do Direito nunca poderá ser reduzido à mera subsunção dos fatos às normas, como se os casos concretos se apresentassem ao aplicador previamente padronizados e etiquetados. Sempre que o aplicador da norma se deparar com ambigüidades e incertezas, o agente deverá tomar uma decisão, de modo a envolver, em toda atividade de interpretação, certo grau de criatividade.

## **b) Discricionariedade e Interpretação**

Enquanto os indivíduos possuem vontade jurídica própria, lhes cabendo escolher a prática dos seus próprios atos (princípio da autonomia privada), o mesmo não sucede à administração, cujos agentes, atuando a vontade do Estado, devem sempre estar atentos à vontade predefinida em lei.

Conquanto a observância do princípio do Estado de Direito demande que as funções do Estado se realizem em estrita conformidade com o direito positivo, a consagração da legalidade não nega, de modo algum, a existência de discricionariedade no âmbito da administração. Com efeito, como se explicará adiante, as normas jurídicas não são mais que um quadro dentro do qual a atividade do Estado tem o dever de se formatar.

Uma vez que a vontade do Estado é definida em lei, a atividade de interpretação é fundamental para o órgão aplicador do Direito, o qual interpõe-se

entre a norma e a realidade. Quando um órgão jurídico aplica o Direito, este necessita determinar o sentido das normas a serem aplicadas, o que faz da interpretação uma operação que sempre acompanha a aplicação do Direito no seu constante progredir de um escalão superior para o inferior, das normas mais generalizantes para as normas mais concretas.

A atividade de interpretação, de acordo com a definição que se tornou clássica apresentada por Savigny, “é a reconstrução do conteúdo da lei, sua elucidação, de modo a operar-se uma restituição de sentido ao texto viciado ou obscuro<sup>53</sup>”. Embora popular, o conceito proposto por Savigny não é de todo inequívoco, porquanto o aplicador do Direito sempre terá de interpretar o significado do discurso normativo, mesmo que o sentido do texto seja aparentemente claro. Incide no mesmo desacerto o tão repetido brocardo latino *In claris non fit interpretatio*. Com efeito, sempre há interpretação, pois mesmo a clareza do texto só pode ser reconhecida por meio de um ato interpretativo do agente.

Sempre há atividade interpretativa na aplicação do Direito, com o que se conclui que interpretação e aplicação caminham sempre juntas, assim como caminham juntas as atividades de aplicação e criação do Direito. De fato, é em um momento único e indivisível de fato que ocorre a concomitante interpretação, aplicação e criação do Direito no caso concreto, atividade na qual está incito, em todo tempo, certo grau de criatividade.

A linguagem, por mais precisa que seja, sempre deixará uma margem de incertezas. Mauro Cappelletti, ao refletir sobre a tarefa de interpretação do Direito, afirma que “*a melhor arte de redação das Leis, e mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas... e sempre permitem ambigüidades e incertezas*<sup>54</sup>”.

Não são todos os doutrinadores, porém, que compartilham desse mesmo entendimento; André Gonçalves Pereira, por exemplo, assevera que, sendo a

---

<sup>53</sup> SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Juristische Methodenlehre*, p. 18. Apud. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 437.

<sup>54</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?*, p. 20.

existência de várias soluções válidas a característica essencial da discricionariedade, não deve haver discricionariedade na interpretação da lei, já que esta comportaria apenas uma solução exata<sup>55</sup>. Com todo o respeito que dedicamos ao trabalho do autor, entendemos que Gonçalves Pereira afasta o estreito vínculo existente entre interpretação e discricionariedade de maneira equivocada. Com efeito, o autor parte da premissa de que o aplicador somente pode chegar a uma única solução correta como resultado da interpretação legal, o que, notadamente, não ocorre de fato. A interpretação, em verdade, pode implicar em várias soluções textualmente adequadas e nisso reside espaço para que o aplicador (e em especial o administrador) integre a sua própria vontade à vontade da norma.

Independente da consciência do intérprete, certo grau de criatividade, e pois de discricionariedade, põe-se como intrínseco a toda interpretação. Para Cappelletti, esse campo discricionário é inerente não só à interpretação jurídica, mas a todo produto da civilização humana passível de *reprodução*, como a literatura, música, artes, filosofia, etc. Partindo da premissa de que interpretar significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los, para em seguida reproduzi-los, ou seja, “aplicá-los” e “realizá-los” em novo e diverso contexto de tempo e lugar, o autor conclui que o trabalho do agente aplicador do Direito não difere, por exemplo, da atividade de um musicista<sup>56</sup>.

Assim como uma reprodução musical varia segundo seu executor, o legislador, por mais que se esforce, nunca poderá vincular plenamente por intermédio do texto normativo aquele que irá executar a sua vontade. Não há texto poético ou musical, nem tampouco legislativo, que elimine de todo as variações e nuances ensejadoras de uma criatividade interpretativa. Com efeito, as palavras, assim como as notas musicais, não são outra coisa que símbolos convencionais cujos significados encontram-se inevitavelmente sujeitos a mudanças e abertos a questões e incertezas<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> PEREIRA, André Gonçalves. Obra citada, p. 221.

<sup>56</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Obra citada p. 21.

<sup>57</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Obra citada, p.40.

Precedendo Cappelletti, Kelsen já anunciava a abertura implícita a toda atividade interpretativa. Partindo do pressuposto que por interpretação se entenda a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, Kelsen preconiza que “o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem<sup>58</sup>”. Deste modo, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que têm igual valor, mesmo que apenas uma delas se torne Direito no ato do órgão aplicador, qual seja, o administrador ou o juiz<sup>59</sup>.

A norma a ser aplicada deixa em aberto várias possibilidades ao aplicador, uma vez que sempre há uma margem de indeterminação, quer proposital, quer não proposital, que caracteriza a relação do grau jurídico superior com o inferior. Interpretar equivale, então, a fixar uma moldura dentro da qual qualquer decisão é válida, pois há várias possibilidades de aplicação e, em relação aos graus inferiores, há vários conteúdos em potencial. Como se vê, Kelsen faz da interpretação uma tarefa que une entendimento à vontade, algo que está fora da esfera teórica e dentro da política do Direito. Interpretar envolve *decisão* e não exclusivamente *cognição*, como se o interprete, no entender da doutrina hermenêutica clássica, empregasse tão somente a lógica e a razão para escolher a única alternativa de conformidade ao Direito.

Também entre nós, Miguel Reale, pressupondo a conexão das atividades de interpretação e aplicação do Direito, defende o caráter volitivo da interpretação/aplicação afirmando que “a aplicação é modo de exercício que está condicionado por uma *prévia escolha*, de natureza axiológica, entre várias interpretações possíveis<sup>60</sup>” (grifo nosso).

### **c) Os conceitos indeterminados**

---

<sup>58</sup> Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 390.

<sup>59</sup> Kelsen, Hans. *Idem*, *ibidem*.

<sup>60</sup> Reale, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, p. 292.

Como já afirmado, a discricionariedade administrativa face aos conceitos indeterminados é o ponto alto da controvérsia entre os doutrinadores do Direito Público no exame do tema da discricionariedade. A própria expressão *conceitos indeterminados* é alvo de constantes críticas por parte dos estudiosos, no meio dos quais – e talvez o mais dominante entre estes – Eros Grau.

Em obra dedicada à contestação de vários temas tradicionais do Direito, Eros Grau assume uma postura de crítica geral à discricionariedade administrativa, a qual ele aponta como “o Cavalo de Tróia” do princípio da legalidade<sup>61</sup>. Embora o autor não negue, de todo, a figura da discricionariedade, reconhecendo a existência desta quando a lei a atribua expressamente, o autor recusa categoricamente a discricionariedade tácita, a qual decorre da indeterminação dos textos da lei. Em resumo, a crítica de Eros Grau poderia ser condensada na seguinte proposição: “Não existem conceitos indeterminados<sup>62</sup>”.

No intuito de demonstrar a validade da sua proposta, o ministro critica, sobretudo, a terminologia adotada. Assim, de acordo com a sua exposição, a doutrina não estaria tomando o cuidado de distinguir os *conceitos* dos *temos*. Estes seriam os signos utilizados para veicular significados e aqueles seriam os significados transmitidos por intermédio dos signos. Deste modo, a indeterminação apontada pela doutrina estaria na palavra (termo) e não na idéia (conceito), pois sendo o conceito uma suma de idéias, ele nunca poderá ser indeterminado sob pena de deixar de ser conceito.

Em oposição a esse entendimento, é oportuna a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem a imprecisão, ou fluidez, ou indeterminação, reside no próprio conceito e não na palavra que os rotula. Com efeito, não basta substituir as palavras para transmitir com precisão as noções veiculadas pelos temos “urgente”, “oportuno”, “interesse público”, “relevante”, “riqueza”, “velhice”, “gravidade”, etc. É evidente que se essas palavras fossem substituídas por outras na lei, estas últimas não trariam os mesmos conceitos contidos naquelas, vale dizer, a substituição implicaria em alteração do significado, em

---

<sup>61</sup> GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, p. 195.

<sup>62</sup> GRAU, Eros Roberto. Obra citada, p. 196.

adulteração do próprio conceito. Diante disso, não se vislumbra impropriedade na terminologia adotada nesta dissertação, porquanto além de consagrado pelo uso, as outras propostas não se apresentam como mais adequadas.

### **c) A existência de discricionariedade administrativa face aos conceitos indeterminados**

Embora as discussões sejam antigas no Direito Administrativo, ainda há muita polêmica no que se refere à discricionariedade do agente da administração face aos conceitos indeterminados. Do que se tem dito até aqui, não há que se vislumbrar impropriedade em apontar a discricionariedade do administrador quando a hipótese normativa definir os pressupostos de fato de maneira vaga, ou imprecisa. Ocorre, contudo, que alguns doutrinadores entrevem a interpretação/determinação dos conceitos como uma tarefa inafastável à apreciação por parte do judiciário, o que, porém, não deve ser apontado como o mais acertado.

A dinâmica da criação do Direito na tarefa de interpretação/aplicação das normas jurídicas nunca é precisa – no sentido de que esse caminho somente redunde numa única solução possível e evidente. A norma superior nunca poderá regular por completo o conteúdo da norma inferior, o que deixará sempre uma margem de liberdade ao aplicador. Mesmo que o legislador não conceda explicitamente essa margem de liberdade, como o faz, por exemplo, ao possibilitar ao juízo do caso penal a decisão da exata medida da reprimenda, a linguagem por ele utilizada nunca é unívoca, havendo sempre uma margem criativa e, portanto, discricionária na interpretação.

Karl Larenz, jurista e filósofo alemão, afirma que a interpretação no processo de aplicação da lei é sempre problemática, sobretudo, na compreensão do sentido do texto, pois a lei, ao contrário de outras ciências que se utilizam de conceitos rigorosamente fixados, como, *e.g.*, a matemática ou a física, serve-se da linguagem comum, a qual utiliza termos mais ou menos flexíveis, cujo significado possível oscila dentro de uma larga faixa e que pode ser diferente

segundo as circunstâncias, a relação objetiva e o contexto do discurso, a colocação da frase e a entonação de uma palavra<sup>63</sup>.

Com efeito, os termos do discurso do Direito não são unívocos e, deste modo, sempre concorre a vontade do intérprete para determiná-lo e aplicá-lo diante do caso concreto. Já a questão, centenária no Direito Administrativo, atinente à discricionariedade administrativa face aos conceitos indeterminados não deve ser exposta de forma a questionar a existência ou não de atividade volitiva, *i.e.*, de discricionariedade do aplicador do Direito no momento interpretativo, mas deve ser anunciada da seguinte maneira: Sobre quem recai a função de determinar de forma vinculante a interpretação do conceito mais ou menos vago quando este é dirigido notadamente ao administrador? Cabe ao juiz limitar a possibilidade de escolha deixada pela indeterminação legal ao administrador, ou caberá ao agente da administração a mais ampla liberdade de ação dentro do quadro legal?

Em artigo dedicado à discricionariedade no Direito Brasileiro, Almiro do Couto e Silva ensina que o confronto relativo aos conceitos indeterminados no Direito administrativo remonta ao século XIX, na Áustria, com as posições de Edmund Bernatzik e Friedrich Tezner<sup>64</sup>. Para o primeiro, havendo várias possibilidades de solução para o caso concreto, o juiz não deveria substituir o juízo da administração pelo seu. Embora sempre haja uma solução que seja de fato a mais acertada para o caso em questão, demonstrá-la é tarefa praticamente impossível, o que bastaria para impedir a revisão judicial da decisão. Diante dessa deficiência cognitiva, uma vez que seja extremamente difícil provar a melhor solução, Bernatzik propõe que haveria uma *discricionariedade técnica* nesses casos.

Já o segundo, por outro lado, propõe um discrime categórico entre discricionariedade e aplicação dos conceitos indeterminados. Explica-se que Tezner teria sustentado essa posição após a Corte Administrativa da Áustria ter firmado jurisprudência no sentido de que quando a lei fala, *e.g.*, em “interesse

---

<sup>63</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 375.

<sup>64</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, 179/57.



público”, “paz pública”, “ordem pública”, “conveniência” ou “necessidade” considerar-se-ia indicação de poder discricionário à administração pública. Embora reconheça que não existe na ordem jurídica qualquer conceito cujo significado seja absolutamente certo e determinado e que representam em igualdade aos fenômenos da vida real, a qualificação dos conceitos jurídicos, na visão do autor, é sempre atribuição do juiz.

Couto e Silva propõe também uma espécie de *tertio genus* entre as duas teorias, apontada na doutrina de Philipp Heck, segundo o qual os conceitos indeterminados possuem um núcleo de significação preciso e um halo periférico vago e nebuloso. Tomando como exemplo a expressão “falta grave”, ninguém hesitaria em qualificá-la no caso de agressão física de um funcionário contra o seu superior hierárquico que cortesmente lhe tenha indeferido algum pedido. Do mesmo modo, ninguém apontaria falta grave no caso de o funcionário ter esquecido o nome dos companheiros de trabalho. A discricionariedade, segundo esta posição, está na zona cinzenta do conceito, vale dizer, no limite entre o “conceito” e o “não-conceito”.

A doutrina, desde então, tem oscilado entre uma posição e outra; ora postulando uma restrição à liberdade de agir da autoridade administrativa, a qual é ditada em nome de uma pretensa legalidade, salvaguarda dos indivíduos contra o bastião irredutível do autoritarismo absolutista do executivo pelo poder judiciário, e ora em defesa da administração pública, cujo uso da discricionariedade efetiva a flexibilidade decisivamente necessária à consecução do interesse público.

#### **d) Crítica à doutrina que sustenta a inexistência de discricionariedade administrativa face aos conceitos indeterminados**

Ao examinar as lições dos doutrinadores que defendem a não existência de discricionariedade do agente executivo, quando a lei dispõe dos pressupostos de fato do ato administrativo de maneira vaga ou incerta, constata-se que a fundamentação desse entendimento se dá em três principais linhas

argumentativas: Aquela segundo a qual a) o conceito jurídico, desde que devidamente interpretado, possui um único sentido adequado (teoria da univocidade dos conceitos), b) deve haver subordinação da interpretação e aplicação de todos os conceitos ao órgão judiciário e aquela na qual c) cabe sempre ao judiciário a análise dos pressupostos de fato dos atos jurídicos<sup>65</sup>.

Como apontado *supra*, André Gonçalves Pereira vislumbra a atividade interpretativa como tarefa puramente cognitiva, de modo a repelir toda sombra de discricionariedade na medida em esta pressupõe a concorrência da vontade do agente quando da edição do ato. Os conceitos jurídicos possuem, na esteira desse raciocínio, somente *um* sentido correto, afastando por completo a existência de um campo discricionário dirigido ao seu aplicador. Nas palavras do próprio autor:

A interpretação é decerto preliminar indispensável da aplicação da lei; e assim os órgãos de aplicação do Direito – o juiz e o administrador – terão, forçosamente, para aplicar a lei, de lhe determinar o sentido. Ao Dizer ‘determinar o sentido’, estamos, porém, já a tomar a posição perante o problema que nos ocupa, pois estamos a pressupor que a lei terá apenas um sentido logicamente possível; e como também já vimos que a discricionariedade se caracteriza pela existência de várias soluções objetivamente válidas, aqui surgiria desde já a diferença capital entre discricionariedade e interpretação da lei<sup>66</sup>.

Gonçalves Pereira distingue, então, a discricionariedade, na qual há pluralidade, da interpretação, na qual há univocidade. Ao mesmo tempo, o doutrinador português pretende que a discricionariedade, propriamente dita, exista somente na administração, sendo, deste modo, impróprio relacioná-la às

---

<sup>65</sup> Embora seja possível apontar essas três linhas de fundamentação para tal forma de controle jurisdicional da oportunidade do ato administrativo, isso não implica afirmar que cada autor contrário à discricionariedade siga com exclusividade apenas uma das linhas argumentativas apontadas acima. Os doutrinadores, mesmo ao arremesso da coerência, por vezes sustentam sua teoria com base em uma combinação desses elementos, de modo que, no decorrer deste trabalho, ao relacionar um dado autor a uma dessas correntes, não se pretende sugerir que o autor a adote com exclusividade.

<sup>66</sup> PEREIRA, André Gonçalves. Obra citada, p. 247.

outras funções do Estado. O juiz, no exercício da atividade jurisdicional, a qual é puramente interpretativa no entendimento do autor, realiza uma tarefa unívoca, na qual há sempre uma única solução válida.

Não é esse o melhor entendimento. Ronald Dworkin, ao justificar o viés volitivo e político presente em toda aplicação do Direito, especialmente aquela realizada pelo magistrado, indaga os seus leitores com o seguinte questionamento: “Podemos dizer isso [aplicação meramente cognitiva, e não volitiva, das regras] quando a Suprema Corte derruba um precedente e ordena que as escolas sejam dessegregadas ou declara ilegais procedimentos que, com a tolerância dos tribunais, a polícia vinha adotando há décadas?”<sup>67</sup>. Esta questão empírica é relevante, pois sugere que a aplicação das regras não se dá inteiramente livre da afluência das crenças morais e políticas do agente ao qual se atribui a sua interpretação. Com efeito, a interpretação/aplicação do Direito é ao mesmo tempo atividade cognitiva e volitiva, como já suficientemente discutido nos itens anteriores.

Já entre aqueles que anotam a subordinação total da interpretação dos conceitos jurídicos, sejam eles “determinados” ou “indeterminados”, ao órgão judiciário, Eduardo Garcia de Enterría é seguramente o mais apontado. O publicista espanhol sustenta que os conceitos indeterminados, também chamados de conceitos fluídos, ou vagos, pela doutrina, só apresentam tal característica ao serem considerados em abstrato, nunca, porém, diante dos casos concretos, pois à vista das situações do mundo real ganhariam consistência e univocidade<sup>68</sup>. Dada, então, a situação de fato, seria sempre possível reconhecer a incidência ou não do conceito de “velhice”, de “necessidade”, de “perigo”, de “falta grave”, de sorte que, quando surgem questões referentes à aplicação desses conceitos, caberia ampla e total revisão pelo judiciário, porquanto não restaria diante do caso concreto nenhuma margem decisória ao administrador.

Ainda de acordo com o autor, não haveria nem mesmo uma “margem de apreciação” no conceito indeterminado, como apontado por outros estudiosos,

---

<sup>67</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, p. 8.

<sup>68</sup> BANDEIRA de MELLO, Celso Antônio. *Discrecionalidade e Controle Jurisdicional*. p. 22.

capaz de implicar em discricionariedade ao administrador, o que Enterría critica nos seguintes termos:

“Tal margen de apreciación no da entrada a la libre voluntad de la Administración (si tal fuese se trataría de una discrecionalidad), sino de un ambito puramente cognoscitivo e interpretativo de la ley en su aplicación a los hechos; supone reconocer la dificultad de acercarse de forma totalmente exacta a la solución justa y, todo lo más, el otorgamiento a la Administración del beneficio de la duda<sup>69</sup>”.

Muito embora diante do caso concreto seja mais fácil apontar a incidência, por exemplo, da “falta grave” ou da “moralidade pública” como pressuposto do ato administrativo do que tentar defini-las em abstrato, não se pode concordar com Garcia de Enterría quando este assevera que diante de todo caso concreto exista, com absoluta certeza, somente uma resposta adequada. Ora, ao se dar a qualificação de conceito fluído ou indeterminado, dá-se-o justamente porque é impossível afastar a pluralidade de intelecções que recaem sobre a abrangência do termo. Diante de um conceito vago, é razoável que sobre ele haja mais de um entendimento, afastando deste modo o eventual juízo de ilegalidade por parte do judiciário, pois não seria correto afirmar que o administrador, agindo de acordo com uma interpretação possível do direito, transgrediu a lei.

Há também uma corrente, a qual não sendo de todo expressiva na jurisprudência e doutrina brasileira, deve ser pontada, como o fazem alguns estudiosos, mesmo que a título de mera informação. Almiro do Couto e Silva ensina que há uma orientação, e que é hoje dominante no direito germânico, a qual sustenta que uma vez que os conceitos jurídicos indeterminados estão inseridos no suporte fático legal (*tatbestand*), os problemas ali suscitados são

---

<sup>69</sup> ENTERRÍA, Garcia de; FERNANDEZ, Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, p. 274. Apud. COSTA, Regina Helena. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa. *Revista de Direito Público*, 95/131.

meramente questões de interpretação, aplicação e subsunção do preceito abstrato no caso concreto e que, via de regra, são suscetíveis de exame judicial<sup>70</sup>.

Por vezes, essa corrente se expressa na afirmação de que para haver discricionariedade administrativa o legislador deverá prevê-la expressamente no comando na norma, afastando do administrador aquilo que nos pontos anteriores denominamos de discricionariedade tácita, decorrente da pluralidade de significações de uma palavra – ou de uma seqüência delas – por intermédio da qual a norma necessariamente se exprime. Ora, o órgão judiciário não é o único responsável pela aplicação das normas no ordenamento jurídico. As atividades legislativa e administrativa também desempenham a aplicação do Direito no exercício de suas funções constitucionais. Pretender que, nos casos de indeterminação legal, o judiciário será sempre competente para concretizá-las em última instância, implica em renunciar parte da competência atribuída aos outros dois “poderes”. Com efeito, o judiciário não pode substituir a decisão tomada, dentro dos limites legais, pelos outros órgãos por aquela que lhe parece ser a decisão mais oportuna, ou a mais acertada, sob pena de ingerência em uma função que não lhe é própria.

#### **e) Da natureza dos conceitos indeterminados**

É comum a doutrina apresentar diferentes classificações dos conceitos utilizados no texto da lei apontando aqueles pelos quais redundar-se-ia, ou não, em discricionariedade ao administrador. Segundo esses autores, nem todos os conceitos utilizados no discurso normativo justificariam uma margem de autonomia ao agente aplicador, porém, somente determinada espécie deles, as quais conteriam certas qualidades especiais.

Com efeito, as classificações são as mais variadas. Antônio Francisco de Souza, por exemplo, citado em artigo veiculado pela Revista de Direito da UFPR, propõe uma classificação dos conceitos jurídicos baseada nos seus

---

<sup>70</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, 179/58

respectivos graus de indeterminação<sup>71</sup>. O autor distingue, desse modo, três principais categorias de conceitos: Os *conceitos empíricos*, os quais seriam objetivos e guardariam referibilidade a objetos da realidade, tais como os conceitos de homem e morte; os *conceitos normativos*, os quais guardariam referência à valores, tais como imoral e indigno; e finalmente os *conceitos discricionários*, os quais seriam caracterizados pela autonomia de valoração pessoal.

Ocorre, contudo, que essas propostas de classificações apresentadas pela doutrina – em meio a qual Antônio Francisco de Souza figura apenas como um exemplo entre muitos – padecem todas do mesmo vício, no momento em que partem sempre do pressuposto de que há uma diferença qualitativa entre conceitos determinados e indeterminados, o que, evidentemente, não se sustenta. Em verdade, entre os conceitos determinados e indeterminados há apenas uma diferença de grau e não de qualidade. Todos os conceitos, via de regra, possuem uma margem de indeterminação, de modo que o que se costuma chamar de *conceitos indeterminados* apenas oferece um grau mais elevado de incertezas.

Todavia, desde que seja aceita essa ressalva, as classificações dos conceitos jurídicos não devem ser de todo descartadas. É que elas terão especial importância no momento de apontar o órgão responsável pela tarefa de determinação em última instância do conceito. Se por um lado os conceitos sempre permitem ambigüidades e incertezas, não será diante de toda incerteza conceitual que caberá discricionariedade Administrativa. Caso contrário, até mesmo conceitos eminentemente jurídicos como, por exemplo, *posse*, *boa-fé* e *propriedade*, os quais também possuem certo grau de indeterminação, ensejariam a livre apreciação pelo agente administrativo, o que evidentemente não é o mais desejável.

Diante de determinados conceitos, a administração tem a prerrogativa de interpretá-los de forma vinculativa, impondo a sua decisão ao talante do órgão judiciário. Por outro lado, há também espécies de conceitos cuja interpretação

---

<sup>71</sup> SOUSA, Antônio Francisco de. *Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo*. Apud. DEL CLARO, Ângela Maria Marques. O Direito Administrativo e a Doutrina dos Conceitos Jurídicos Indeterminados. *Revista da Faculdade de Direito*, 40/169.

não merece ser afastada da apreciação do juiz. A doutrina deve, deste modo, adotar uma classificação dos conceitos jurídicos que permita distinguir aqueles conceitos que seriam destinados diretamente ao administrador e aqueles cujas dúvidas deles decorrentes devam ser resolvidas na seara do judiciário.

Nesse mister, não se pode adotar por inteiro a sugestão de Afonso Queiró, para quem, num primeiro momento, os conceitos devem ser classificados em conceitos de *significação definível* e conceitos de *significação indeterminada*<sup>72</sup>, sendo os primeiros sempre certos e os segundos a todo tempo passíveis de interpretações variadas, *i.e.*, plurissignificativos. Como já foi demonstrado, não há diferença qualitativa na indeterminação dos conceitos. Há, apenas, conceitos cuja abstração se dá em grau maior e conceitos cuja abstração é menor, com o que se reafirma que a diferença de indeterminação entre os conceitos está na medida da sua abstração e não diretamente em decorrência de sua natureza.

O professor Queiró, entretanto, utiliza um critério material para apartar os conceitos de significação determinada dos conceitos plurissignificativos. Os conceitos de significação determinada seriam identificados àqueles utilizados pelas ciências empíricas e se referem a fatos da natureza, notadamente, àqueles moldáveis às categorias de tempo, espaço e de número (quantidade); já os conceitos plurissignificativos seriam identificados com a seara da cultura, cuja aplicação se baseia em juízos de valor.

Desse modo, embora não seja adequado identificar os conceitos empíricos com os conceitos de significação determinada e os conceitos culturais com os plurissignificativos, porquanto todos são em certa medida indeterminados, o critério proposto por Queiró satisfaz plenamente a necessidade de se apontar aqueles conceitos cujas questões devam ser resolvidas na esfera administrativa – discricionariedade administrativa – e aqueles cujas dúvidas devam ser explanadas no campo judicial – discricionariedade judicial.

De acordo com o autor da classificação que adotamos, a norma poderá adotar conceitos relativos ao mundo do “ser”, ou ao mundo do “dever ser”. Os primeiros são denominados por Queiró de conceitos *teóricos* e se referem à

---

<sup>72</sup> QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Obra citada, p. 56.

materialidade das coisas, vale dizer, às condições de fato, ao domínio da realidade, ao valor teórico “verdade”. Já os segundos são denominados de conceitos *práticos* e se referem a valores, domínio de apreciações inquestionavelmente subjetivas, isto é, aos juízos de bom ou mau.

Por exemplo, se a lei fala em “falta grave de um funcionário”, utiliza-se os conceitos de “falta” e “funcionário”, enquanto conceitos teóricos, e o conceito de “gravidade”, enquanto conceito prático. Desse modo, a determinação desses dois conceitos teóricos seria questão de legalidade, impondo consequentemente limites à atuação da autoridade administrativa, a saber, a exigência de uma falta, e não qualquer coisa, e de um funcionário, e não qualquer pessoa.

Enfim, a discricionariedade administrativa, a qual deve ser equiparada ao segundo sentido fraco da classificação de Dworkin, não surge em decorrência da natureza dos conceitos utilizados, pois estes sempre são passíveis de dúvidas, indeterminações e ambigüidades. Embora sempre haja uma margem de dúvidas que enseja certa margem de discricionariedade ao intérprete/aplicador do direito, a discricionariedade *administrativa*, todavia, deve estar restrita àqueles conceitos de valor utilizados no texto legal, sob pena de não haver controle algum sobre a legalidade da atividade do agente.

## **Conclusão**

Discricionariedade e Estado de Direito não são conceitos mutuamente excludentes, como se imagina em um primeiro contato com a disciplina. No Estado submetido ao império da lei, todos os órgãos, legislativo, executivo e judiciário, estão vinculados às normas jurídicas e, muito embora a margem de discricionariedade não seja a mesma entre eles, havendo, em princípio, muita ao legislador e pouca ao juiz, há inegável atividade volitiva em todas as etapas da dinâmica jurídica.

Com efeito, a classificação taxativa das funções estatais em atividade de criação e atividade de execução do Direito deve ser repelida. É que o agente criador sempre atuará de maneira a aplicar uma norma anterior, sob pena de



ilegalidade, ao mesmo tempo em que nas progressivas e graduais concretizações do Direito o agente aplicador é necessariamente livre, em certa medida, para juntar à norma um elemento discricionário de modo a torná-la sucessivamente mais concreta. As atividades estatais sempre implicarão em concomitante aplicação e criação de normas jurídicas.

Embora o espaço de discricionariedade da função administrativa seja notadamente menor que o campo concedido à atividade legislativa, ainda assim, a administração conta com um espaço de liberdade relativamente amplo, em comparação, por exemplo, com a atividade jurisdicional. Por estar mais próxima dos destinatários das políticas estatais, é necessário que a administração atue dentro de uma margem relativamente extensa de discricionariedade tendo em vista a execução das políticas públicas. De fato, além de ser logicamente impossível que se elimine de todo o campo de decisão próprio do administrador, quando da execução do comando legal, a existência de uma zona de liberdade atribuída ao agente é também pressuposto indispensável para a boa gestão das atividades de interesse coletivo.

Independente da consciência do legislador, certo grau de criatividade, e pois de discricionariedade, põe-se como intrínseco a toda aplicação. A norma superior pode conferir expressamente um campo de liberdade ao executor, como, por exemplo, quando dispõe que uma multa a ser aplicada poderá ser valorada entre X e Y salários mínimos. Por outro lado, a liberdade do aplicador pode também decorrer da margem de indeterminação lingüística do enunciado da norma a ser aplicada, como, por exemplo, quando o legislador faz uso de conceitos vagos ou fluídos tais como “moralidade pública”, “interesse comum” e “falta grave”.

Embora a incerteza dos conceitos implique em discricionariedade, todavia não se pode afirmar que toda e qualquer indeterminação lingüística enseje decisão discricionária ao agente da administração. Caso contrário, como todo enunciado é passível de dúvidas e toda decisão tomada dentro do âmbito de discricionariedade é insindicável, não restaria controle algum passível de incidência sobre a atividade executiva. É em vista dessa constatação que se criam

classificações dos conceitos jurídicos de modo a apontar aqueles mediante os quais haveria aplicação administrativa discricionária e aqueles que deveriam ser interpretados em última estância sempre pelo órgão jurisdicional.

Afonso Rodrigues Queiró propõe que se distingam os conceitos jurídicos em *conceitos teóricos*, cujas questões deles decorrentes acarretariam juízo de legalidade pelo órgão judicial e *conceitos práticos*, os quais redundariam em discricionariedade administrativa. Os primeiros seriam referentes aos fatos da natureza, vale dizer, àqueles moldáveis às categorias de tempo, espaço e de quantidade; já os segundos seriam identificados com a seara da cultura, cuja aplicação se baseia em juízos de valor.

Enfim, é freqüente que o legislador disponha da atividade administrativa por intermédio de conceitos vagos, referentes a juízos de valor, haja vista proporcionar um espaço de flexibilidade essencial à função estatal. Se o legislador assim procede, lançando mão dos conceitos práticos, é porque pretende evitar as definições e, ao mesmo tempo, encarregar o órgão administrativo de defini-lo diante de cada caso concreto. Destarte, retomando as idéias de Queiró, não se pode estatuir controlabilidade onde não exista; que não se inventem construções tais que, a propósito de eliminar o reduto absolutista e autoritário da administração, ou a fim de salvaguardar um pretense Estado de Direito, transformem a discricionariedade em legalidade. “Reconhece-se a discricionariedade onde ela exista, só onde ela exista, mas sempre que ela exista”<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Obra citada, p. 75.

## **Bibliografia**

BANDEIRA de MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BANDEIRA de MELLO, Celso Antônio. *Discrecionalidade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BANDEIRA de MELLO, Celso Antônio. “Poder” Discrecionalário. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 76, p. 99-109, outubro-dezembro. 1985.

BANDEIRA de MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade*. 11. ed. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 2. ed. rev. Tradução: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAMPAZ, Walter. Discrecionalidade. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 47-48, p. 28-37. 1976.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?*. Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

COSTA, Regina Helena. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discrecionabilidade Administrativa. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 95, p. 125-158, julho-setembro. 1990.

COUTO E SILVA, Almiro do. Poder Discrecionário no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 179, p. 51-92, janeiro-junho. 1990.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

DEL CLARO, Ângela Maria Marques. O Direito Administrativo e a Doutrina dos Conceitos Jurídicos Indeterminados. *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba, n. 40, p. 163-176. 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAGUNDES, Seabra. Conceito de Mérito no Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Seleção Histórica, p. 189-202. 1991.

FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de Derecho Administrativo*. 9. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Discricionariedade: Poder ou Dever. In: Celso Antônio Bandeira de Mello (Coord.). *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 120-135.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRAU, Eros Roberto. Poder Discricionário. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 93, p. 41-46, janeiro-março. 1990.

HAMILTON, Alexander; MADISON, Jay; JAY, John. *The Federalist*. Gideon Edition of 1818. New York: Barnes and Noble Classics, 2006.

JANNOTTI, Onaldo Franco. Conceitos Indeterminados e Origem Lógico-Normativa da Discricionariedade. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 64, p. 37-54, outubro-dezembro. 1982.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3. ed. Tradução: Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 5. ed. rev. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MANCUSO, Sandra Regina. A Concreção do Poder Discricionário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 686, p. 65-72, dezembro. 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Atlas, 1991.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A Teoria do “Desvio de Poder” em Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 6-7, p. 41-78, 52-80. 1946.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1996.

STASSINOPOULOS, Michel. *Traité des Actes Administratifs*. Athènes: Collection de l’Institut Français d’Athènes, 1954.

TACITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975.

XAVIER, Pedro Henrique. Ato Administrativo: Conceito e Elementos. *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba, n. 22, p. 102-121. 1985.